

Avgjørelsesmyndighet og maktforskyving

- Omfordeling av makt og omsorg

Kandidatnummer: 584

Leveringsfrist: 25.11.08

Til sammen 17 956 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven og den videre fremstilling	1
1.2	Kort om hva barnerett er.....	2
<u>2</u>	<u>BARNELOV OG FAMILIEBEGREPET</u>	<u>3</u>
2.1	Kort om barneloven, herunder regler for saksbehandling	3
2.2	Familiebegrepet	5
2.2.1	Litt om familie og samliv – statistikk	5
2.2.2	Kort om foreldreskap	6
2.2.3	Litt om lovens rolle.....	7
<u>3</u>	<u>AVGJØRELSESMYNDIGHET FOR FORELDRENE ETTER SAMLIVSBRUDD, FLYTTING OG DELT BOSTED</u>	<u>8</u>
3.1	Sentrale begreper i barneloven.....	8
3.1.1	Hva er foreldreansvaret? – bl. § 30.....	8
3.1.2	Hva menes med barnets bosted? – bl. § 36.....	10
3.1.3	Hva er samværsrett? – Bl. kap. 6 (særlig §§ 42 og 43).....	10
3.1.4	Hva menes med barnets beste?	13
3.2	Foreldrenes avgjørelsesmyndighet etter samlivsbrudd.....	14
3.2.1	Felles foreldreansvar – foreldreansvarskompetanse	14
3.2.2	Bostedskompetanse, bl. § 37.....	15
3.2.3	Samværskompetanse, bl. § 42 2.ledd.....	17
3.3	Barnets bosted.....	17
3.3.1	Problemstilling.....	17
3.3.2	Gjeldende rett – barnets bosted.....	19

3.3.3	Hvordan rettstilstanden bør være?	30
3.4	Flytting.....	40
3.4.1	Gjeldende rett	40
3.4.2	Hvordan rettstilstanden bør være?	46
4	<u>AVSLUTNING - HVORDAN DET VAR Å JOBBE MED MASTEROPPGAVEN</u>	55
5	<u>KILDEREGISTER.....</u>	56
5.1	Dommer	56
5.2	Lovgivning.....	57
5.3	Forarbeidere, utredninger, meldinger	58
5.4	Litteratur	59
5.5	Artikler og tidsskrifter.....	60
5.6	Annet.....	61

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven og den videre fremstilling

I barnerettens sammenheng er det mange ulike problemstillinger som kan oppstå i forholdet mellom foreldre og mellom foreldre og barna. Jeg ønsker å fokusere på barneomsorg i et maktperseptiv gjennom de ulike kompetanseområdene barneloven tillegger foreldrene etter et samlivsbrudd. Dette gjelder avgjørelsesmyndighet i kraft av foreldreansvaret og bostedskompetansen. Særlig drøftes flytting med barn og valg av bosted etter samlivsbrudd. Jeg finner det hensiktsmessig å avgrense oppgaven mot de økonomiske sider av barnerettslige emner (bidrag og underholdsplikt), farskapsspørsmål, domstols- og saksbehandlingen i barnefordelingssaker, reglene om adopsjon, vergemålsretten og barnevernsrettslige spørsmål. Disse rettsområdene er interessante og sentrale innenfor barnerett, men en behandling av disse vil falle utenfor oppgavens tema.

Under pkt.2 gis det en kort tilnærming av barneloven og en fremstilling av familiebegrepet og statistisk data. Avsnitt 3.1 gir en oversikt over innholdet i de mest sentrale begrepene som barneloven benytter. Disse begrepene omhandles i videre omfang under avsnitt 3.2 med fokus på forelderens avgjørelsesmyndighet etter samlivsbruddet gjennom felles foreldreansvar, bosteds- og samværskompetanse. Under avsnitt 3.3 søker jeg å redegjøre for de problemstillingene som oppstår ved spørsmålet om valg av bosted for barn etter et samlivsbrudd, med særlig fokus på delt bosted. I avsnitt 3.4 drøftes de problemstillingene som oppstår med henblikk på flytting med barnet i kraft av bostedskompetansen etter bl. § 37.

Metoden jeg har anvendt for å tilnærme meg disse problemstillingene under 3.3 og 3.4, er først å gjøre rede for gjeldende rett og deretter drøfte hvordan rettstilstanden bør være.

1.2 Kort om hva barnerett er

Barnett kan defineres som et ”et juridisk fag som beskjeftiger seg med spørsmål som særlig gjelder *barns rettsstilling*, blant annet reglene om forholdet mellom barn og foreldre, barns adgang til å foreta rettslige disposisjoner, reglene om barnevern og om barns erstatnings- og strafferettslige stilling”¹. Barnerett som rettsdisiplin går på tvers av de ulike rettsområder innenfor familie- og personrett, strafferett og enkelte deler av forvaltningsretten. Det sentrale på barnerettens område er forholdet mellom foreldre og barn regulert av barneloven, og regler om det offentliges inngrep i dette forholdet som reguleres av barnevernloven.

Barnerett som fag har vært gjenstand for offentlig diskusjon i mange år, og har gjennomgått mange betydningsfulle endringer både på det internasjonale og nasjonale plan. Dette har ført til en kursendring fra foreldreperspektiv til et sentrert fokus på barneperspektiv. Norge har, i likhet med flere andre europeiske land, tiltrådt og inkorporert flere konvensjoner som styrker barnets rettsstilling, herunder særlig FNs barnekonvensjon av 20.november 1989 (BK). På det nasjonale plan er barneloven meget sentral i de tilfellene hvor foreldrene er uenige etter et samlivsbrudd, og trenger hjelp av rettsapparatet for å løse konflikten.

¹ Haugli (2007) s. 327

2 Barnelov og familiebegrepet

2.1 Kort om barneloven, herunder regler for saksbehandling

Det rettslige forholdet mellom barn og foreldre er regulert i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl.). Tidligere barnelovgivning² gjorde forskjell mellom barn født i og utenfor ekteskap, fedrenes rettigheter var begrenset og morspresumpsjonen var fremtredende. Loven av 1981 har vært gjennom mange omfattende reformer og ”målene som lå til grunn for arbeidet med ny barnelov i 1981 er fortsatt like aktuelle: mest mulig felles regler for alle barn, likestilling mellom mor og far, forebygging av konflikter mellom barn og foreldre, og styrking av barnets selvstendighet i forhold til foreldrene”³. Det kan diskuteres hvorvidt disse målene er nådd, men det faller utenfor formålet med denne oppgaven å gå nærmere inn på denne vurderingen. De innledende kapitlene i barneloven (kapittel 1-4) regulerer ulike spørsmål om barnets fødsel, farskapet og hvem som er barnets mor. Lovens kapittel 5 har regler om foreldreansvar og barnets bosted, kapittel 6 regulerer samværsretten med barnet, kapittel 7 angir regler om saksbehandling og megling i barnefordelingssaker, kapittel 8 behandler forsørgerplikt, og kapittel 9 og 10 noen særspørsmål.

Barnefordelingssaker karakteriseres som indispositive, det vil si at partene ikke har fri rådighet over sakens gjenstand⁴. Dette innebærer at retten har fri rådighet og ansvar for sakens fulle opplysning, og ikke er bundet av partenes påstander. Barneloven § 56 inneholder de alminnelige vilkår for å kunne reise en sak. Først og fremst må saken reises der barnet bor og har alminnelig verneting, jfr. bl. § 57. Ved tvist mellom foreldrene om foreldreansvar, bosted og samvær er det et absolutt krav om mekling etter samlivsbrudd når partene har felles barn under 16 år, jfr. bl. § 51. Hvis meklingen ikke fører frem, utstedes

² Barnelovgivning før 1981

³ Kjølberg (2006) s. 17

⁴ Kjølberg (2006) s. 151

det en meklingsattest, og saken kan bringes inn for retten. ”Dommaren skal påskunde saka så mykje som mogeleg”⁵, noe som innebærer at barnefordelingssaker skal prioriteres ved den enkelte domstol. Samtidig fokuseres det på forliksmuligheter ”på kvart trinn i saka”, jfr. bl. § 59 2. ledd. Etter § 61 fasetter retten ”tid for hovudforhandling straks eller etter at eitt eller fleire av tiltaka i nr. 1 til 7”⁶ i bl. § 61 er gjennomført.

Retten skal bl.a. innkalle partene til saksforberedende møter for å kartlegge tvisten. Dommeren kan oppnevne sakkyndige, og har kompetanse til å avsi dom uten hovedforhandling hvis partene samtykker til dette, og saken er godt opplyst slik at det er forsvarlig å avsi dom uten hovedforhandling⁷. Etter bl. § 60 har retten adgang til å treffe midlertidige avgjørelse i påvente av hovedforhandling. I en frittstående evaluering⁸ bestilt av barne- og likestillingsdepartementet, evalueres saksbehandlingsreglene. I korthet kan det oppsummeres at det ble foreslått noen forbedringer, men samlet sett fungerte saksbehandlingsreglene etter sin intensjon.

Ved sin særegenhet peker barnefordelingssaker seg ut fra de øvrige deler av jussen. ”Vanligvis foreligger det et hendelsesforløp og domstolen foretar en bevisvurdering av hva som har skjedd og avsier en dom på bakgrunn av dette”⁹. Vurderingstemaene i barnefordelingssaker er hva som vil være det beste for barnet når det gjelder den fremtidige omsorgen. Dommene har begrenset prejudikativ virkning siden barnets beste varierer meget fra sak til sak. Til tross for dette er rettspraksis særdeles sentralt som rettskilde. Denne trekker retningslinjer for de vurderingene som kan gjøres i de ulike tilfellene. Samtidig angis det hvilke momenter som er relevante ved fastsetting av barnets beste ved tvister for domstolene. I slike saker gjøres det brede og vanskelige vurderinger som varierer meget fra sak til sak. Det er dette som gjør barnerett så egenartet.

⁵ Bl. § 59 1. ledd

⁶ Bl. § 61

⁷ www.rettsdata.no (Karnov note 171 ved Sandberg)

⁸ Koch (2008)

⁹ Haugli (2007) s. 333

2.2 Familiebegrepet

2.2.1 Litt om familie og samliv – statistikk

Familiebegrepet er i endring, men selve ”familien er samfunnets grunnleggende sosiale enhet – den viktigste arena for tilhørighet, nærhet og fellesskap og den beste ramme rundt barns oppvekst”¹⁰. Ekteskap regnes av mange fortsatt som den mest stabile samlivsformen, og en majoritet av barn blir født av gifte foreldre. Likevel er det en tendens til at mange ekteskap ender i skilsmisse med utspring i ulike faktorer. Samtidig er det en økning i antall samboerpar med felles barn, og en nedgang i antall barn med gifte foreldre¹¹. Samboerskap er ofte mest utbredt blant unge mennesker i alderen 20-35 år, særlig i storbyene som for eksempel i Oslo. Statistikk fra 2006 tilsa at det ble det født 58 500 barn her i landet. Derav hadde 46 % gifte foreldre, mens 42 % hadde samboende foreldre og 11 % hadde enslige foreldre. Det er videre antatt at ca. 25 % av alle barn (0-18 år) lever i andre familieformer enn sammen med sine to foreldre. Her viser tall fra 2004 at av disse bodde 82 % fast hos mor, 8 % bodde fast hos far og 10 % hadde delt bosted. Samtidig viser disse tallene at fra 1996 har andelen barn med delt bosted økt fra 4 til 10 %¹². Når det gjelder skilsmisser tyder forskningen på at ”om lag 10 % av foreldrene som går fra hverandre, får barnefordelingen avgjort ved domstolene”¹³.

I dag kan en barnefamilie bestå av aleneforeldre, begge foreldre, en av foreldre med deres nye partnere og antakelig deres særkullsbarn og andre former for familieliv. ”Måten folk lever på har endret seg mye i løpet av de siste årene. Det er blitt et større mangfold av samlivsformer. Familiebegrepet er bredt og inkluderende”¹⁴.

¹⁰ St.meld. nr. 29 (2002-2003) s. 5

¹¹ Statistisk årbok (2007) tabell 67 s. 96, <http://www.ssb.no/barn/>

¹² NOU 2008:9 s. 21

¹³ Skjørten (2005) s. 14

¹⁴ St.prp. nr. 1 (2007-2008) s. 183

2.2.2 Kort om foreldreskap

Hvordan man karakteriserer en familie har liten betydning for utøvelse av foreldreskapet. ”Et ansvarlig foreldreskap gjelder begge kjønn og alle familietyper”¹⁵. Utøvelse av foreldreskap kan bidra til konflikt der foreldrene ikke bor sammen. Det er vanlig at foreldrene på hver sin kant har ulike formeninger om hva som er til det beste for deres barn, og hva slags interesser og behov deres barn har. Det er tilsvarende like normalt at foreldrene i barnefordelingssaker lett kan handle fra egne motiver med påståtte hensyn til barnet.

I kjølvannet av dette foreldreskapet blomstrer ulike interesseorganisasjoner som setter enten mødrenes eller fedrenes interesser på agendaen og debatterer likestilling og rettferdighet vedrørende barna. Utsagnet ”de krenkende fedrenes agenda har lenge satt dagsorden, og beveget meningsdannelse og lovgivning i fedrenes retning (...) mens mødrenes stemme i liten grad har kommet frem”¹⁶, er et eksempel fra diskusjonen om hvorvidt barneloven er kjønnsnøytral. Et annet eksempel er det omdiskuterte temaet delt bosted, som tilknyttes ulike interesseorganisasjoner og politiske miljøer. ”Når *delt bosted* er i så stor grad en symbolsak, bidrar det til at debatten rundt ofte kan bli fastlåst og lite konstruktiv”¹⁷.

Foreldreskap handler om å ta vare på de barn man har satt til verden. Deres beste skal være utgangspunktet, men det er muligens ikke lett å praktisere når man står i en konflikt med den andre forelderen. En konflikt mellom foreldrene vil definitivt virke negativt inn på barnet, selv om graden av innvirkning vil variere ut fra konfliktens intensitet og varighet. Uansett er det meget viktig at foreldrene klarer å bli enige og samarbeide om barna til deres beste. Det virker paradoksalt at foreldrene argumenterer med hva som vil være barnets beste og kjemper for barna, men samtidig påfører barnet påkjenninger. Det er definitivt ikke til barnets beste.

¹⁵ St.meld. nr. 29 (2002-2003) s.17

¹⁶ Bjørnholt (2005) s. 259 og 264

¹⁷ Haga m.fl. (2006) s. 72

2.2.3 Litt om lovens rolle

”Mange mennesker har overdrevne forestilinger om hva som kan oppnås ved hjelp av lovgivning. Når de støter på noe som de finner galt eller skjevt i samfunnet, krever de straks en lov som kan rette på forholdet. Både i aviser og kringkasting reises det stadig krav om nye lover for å forandre på ditt og datt. Det virker nesten som om folk tror at lovene har magisk kraft, slik at hvis det bare blir bestemt ved lov hvordan noe skal være, så blir det slik”¹⁸. Denne såkalte lysbryterteorien forteller at lovene har begrenset kraft. De kan trekke opp normer og retningslinjer, men det er opptil hver enkelt å følge dem. Det er således begrenset hva barneloven kan utrette hvis foreldrene ikke evner eller viser vilje til å samarbeide om barna og ta av seg sine barn på en tilfredsstillende måte. Offentlige organer kan legge forholdene til rette gjennom for eksempel veiledning, sosial og økonomisk hjelp, men foreldrenes omsorg og et stabilt familieliv kan i liten grad fremtvinges ved hjelp av barneloven.

Tiltross for at rettsreglene på dette området ikke alltid er egnet til å løse eventuelle konflikter mellom foreldrene, betyr ikke at de er verdiløse¹⁹. Loven kan gi et signal til allmennheten og ha normdannende og holdningsskapende effekt på samfunnet. Særlig på barnerettens område, hvor konfliktene preges av følelser, er behovet stort for et klart regelverk som kan bidra til å løse tvister mellom foreldrene og samtidig ivareta hensynet til barnets beste.

¹⁸ Mathiesen (2005) s. 73

¹⁹ Smith (2006) s. 21-22

3 Avgjørelsesmyndighet for foreldrene etter samlivsbrudd, flytting og delt bosted

3.1 Sentrale begreper i barneloven

3.1.1 Hva er foreldreansvaret? – bl. § 30

Foreldreansvaret regulerer tre ulike forhold gjennom bl. § 30. Det ene er forholdet til utenforstående der foreldrene treffer avgjørelser om for eksempel helsemessige spørsmål.

Det andre er reguleringen av forholdet mellom foreldrene. Til slutt regulerer foreldreansvaret forholdet mellom foreldre og barn. Det er normalt barnets biologiske foreldre som har foreldreansvaret. Bl. § 30 sier hva innholdet i foreldreansvaret er og regulerer dette uten hensyn til om barnet bor sammen med en eller begge foreldre.

Forelderens grunnleggende forpliktelser er fremstilt gjennom denne bestemmelsen. Det er etter bl. § 30 1. og 2. ledd to elementer ved foreldreansvaret. Det ene er en omsorgsplikt for barnet og det andre en bestemmelsesrett og -plikt gitt foreldrene av hensyn til barnet.

Bl. § 30 markerer at ”barnet har krav på omsut og omtanke”²⁰ fra innehaveren av foreldreansvaret. Det sentrale i denne regelen er foreldrenes plikt til å gi omsorg ved å sørge for at barnets materielle og åndelige behov blir tilfredsstilt. Dette innebærer blant annet å gi barnet nødvendig stell, og den trygghet, varme og kjærlighet som det har krav på. Bl. § 30 andre ledd utdyper dette nærmere ved at foreldrene med foreldreansvaret skal ”gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting”. Det siktes her til oppdragelse, og de praktiske behov barnet har som blant annet mat, klær og et sted å bo. Ved oppdragelse stiller loven foreldrene fritt når det gjelder hvilke verdier og normer de ønsker å videreformidle til barnet ut fra sin egen kultur og sitt eget livssyn.

De økonomiske forpliktelsene er en annen side av foreldreansvaret. Etter bl. § 66, jfr. bl. § 30 er det foreldrene plikt å bære utgifter ved omsorgen for barnet uavhengig av hvem av foreldrene barnet bor sammen med. Foreldrene skal som utgangspunkt dele disse utgiftene

²⁰ Bl. § 30 1.ledd 1. setning

innbyrdes, men i denne sammenheng vil også offentlige støtteordninger og bidragsreglene ha betydning.

Det andre elementet i foreldreansvaret er foreldrenes rett og plikt til å bestemme for barna. Retten er gitt foreldrene fra lovgiverne ut fra den tanke at barnet ikke selv har forutsetninger for å kunne bestemme og ta rasjonelle valg for seg selv. Denne rett og plikt gjelder etter loven for barnets ”personlege tilhøve”²¹. Hva som ligger i begrepet ”personlege høve” kommer jeg tilbake til under 3.2.1 ved behandlingen av foreldreansvarskompetanse.

Foreldreretten etter bl. § 30 er imidlertid ikke absolutt, jfr. bl. §§ 31 til 33, jfr. § 30 1. ledd. Disse bestemmelsene er gitt for å verne barnets interesser. Barnet er derfor gjennom disse reglene gitt en medbestemmelses- og selvbestemmelsesrett som utøves i takt med dets alder, modning og utvikling. I bl. § 30 1. ledd siste setning er det understreket at ”foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov”, som gjenspeiler barnets beste. Barnets behov er individuelle og må tilpasses det enkelte barn i konkrete tilfeller ut fra den situasjonen barnet befinner seg i. Ved manglende omsorg fra foreldrenes side kan det oppstå situasjoner hvor barnevernet kan bli nødt til å gripe inn etter barnevernslovens bestemmelser. Barnevernet skal ivareta barnets interesser og dets beste, enten i samråd med foreldrene eller ved andre tiltak. Barnevernets primære mål etter barnevernsloven § 1 er å sikre trygge oppvektsvilkår for barn, og sørge at barn som lever under forhold som kan skade deres utvikling, får den hjelpen de trenger til rett tid.

I bl. § 30 3. ledd sies det eksplisitt at det ikke er adgang til å utøve vold i barneoppdragelsen. Denne bestemmelsen er et ledd i styrkingen av barnets vern og rettigheter og bekjempelsen av vold mot barn. Barneloven har, til tross for forbudet i 3. ledd, verken en definisjon av voldsbegrepet eller en sanksjonsregel. Dette må forankres i straffelovens bestemmelser²². I unntakstilfeller er det adgang til å bruke en viss fysisk makt

²¹ Bl. § 30 1. ledd 2. setning

²² Først og fremst strl. §§ 228, 229

over barnet, for eksempel ved holding eller hindring. Denne adgangen er gitt kun for å unngå at barnet skader seg selv eller andre eller gjør skade på gjenstander. I en omstridt dom i Rt. 2005 s. 1567 tolket Høyesterett bl. § 30 3. ledd. Førstvoterende uttalte at ” (...) selv om foreldrenes kroppslige refselsesrett er opphevd, vil det ikke rammes av straffeloven § 228 første ledd om foreldre i oppdragelsesøyemed tildeler sine barn lettere klaps (...) Ved avgjørelsen av hva som kan tillates, må det legges vekt på kraftanstrengelsens styrke, grad av spontanitet og preg av krenkelse”²³. Kritikken som ble rettet mot denne dommen henspiller på frykt for at foreldrene under en henvisning til oppdragelsesøyemed kan slippe unna straffeansvar ved utøvelse av vold mot barnet og dermed undergrave opphevelsen av refselsesretten fra 1972. På den annen side er det positivt at Høyesterett markerte at ”selv en relativ form for korporlig avstraffelse av barn er i strid med straffeloven”²⁴. I alle henseender er det alminnelig antatt at vold mot barn ikke er tillatt.

3.1.2 Hva menes med barnets bosted? – bl. § 36

”Med *fast bosted* menes det rent fysisk å ha barnet boende hos seg og å dekke barnets daglige behov for bl.a. mat og klær, stell, pleie, kontakt og nærhet. Hvis barnet ikke bor fast sammen med begge foreldrene, er den barnet bor fast hos gitt en viss rett til å treffe avgjørelser på egen hånd, selv om foreldrene har felles foreldreansvar”²⁵. I bl. § 36 er det gitt regler om hvor barnet skal bo, og hvilken bostedsordning foreldrene kan avtale for barnet, herunder fast bosted eller delt bosted. Med utgangspunkt i barnets bosted er det i bl. § 37 gitt en bostedskompetanse til bostedsforelderen.

3.1.3 Hva er samværsrett? – Bl. kap. 6 (særlig §§ 42 og 43)

”Med *samværsrett* menes en begrenset rett for barnet og den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet, til å være sammen i et nærmere bestemt omfang. Det er knyttet en

²³ Rt. 2005 s. 1567 pkt. 24

²⁴ Smith (2006) s. 107

²⁵ Haugli (2007) s. 328

omsorgsplikt og en viss bestemmelsesrett også til samværsretten”²⁶. I barneloven er det lagt til grunn at barnet skal ha kontakt med begge foreldrene etter et samlivsbrudd. Bl. § 42 fastslår barnets rett til samvær med begge foreldrene uavhengig av felles foreldreansvar. Bestemmelsen regulerer samværsretten både etter samlivsbruddet og der foreldrene aldri har bodd sammen. Det forutsettes at normalt er det til stor verdi for barnet å ha kontakt og kontinuitet med begge foreldrene. Bl. § 42 slår fast at selv om foreldrene lever hver for seg, har barnet rett til samvær med begge, og de har et gjensidig ansvar for å oppfylle dette. ”På tilsvarende måte som barnet har rett til samvær, har den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med, rett til samvær med barnet”²⁷, jfr. bl. § 43.

Ved definisjon av samværets omfang angis det i bl. § 43 at ”foreldra avtalar sjølve omfanget av samværsretten på bakgrunn av kva dei meiner er best for barnet”²⁸.

Intensjonen bak denne bestemmelsen er at foreldrene etter en vurdering skal kunne klare å finne samværets omfang under hensyntaken til barnets beste. De sentrale momentene i vurderingen av samværets omfang vil etter bl. § 43 2. ledd 2. setning kunne være hensynet til mest mulig foreldrekontakt, barnets alder, den geografiske avstanden mellom mor og far og andre hensyn til barnet. I de tilfellene hvor foreldrene ikke klarer å enes om samværets omfang, må sak reises for retten etter gjennomføring av obligatorisk megling, jfr. bl. § 51, jfr. § 56 2. ledd, jfr. § 56 1. ledd.

Loven har en legaldefinisjon i § 43 2. ledd 3. setning som ofte brukes som et utgangspunkt når foreldrene selv vurderer omfanget av samværet. ”Barneloven inneholder en definisjon av «vanlig samværsrett». Dersom foreldrene avtaler vanlig samvær, innebærer dette samvær en ettermiddag i uken, annenhver helg, annenhver jul og to uker i sommerferien”²⁹. Selv om loven ikke angir en minimumsordning for samværet med barn gjennom begrepet vanlig samværsrett, er tendensen ofte at foreldrene legger vanlig samværsrett til grunn. Barneloven presiserer at samværet skal avgjøres ut fra barnets beste og tilpasses individuelt

²⁶ Haugli (2007) s. 328

²⁷ Koch (2005) s. 27

²⁸ Bl. § 43 2. ledd 1. setning

²⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 5

for hvert barn. ”I loven er det forklart hva som menes med vanlig samværsrett, men den enkelte familie kan fritt komme fram til en annen ordning som passer bedre for deres egen situasjon. Det kan avtales eller fastsettes både mer og mindre samvær”³⁰. Det hevdes at definisjonen av vanlig samværsrett legger føringer som kan virke bindende og hemmende. Foreldrene bør kunne stå fritt til å velge den samværsordning som er best for deres barn³¹.

Etter bl. § 43 3. ledd kan det ved behov settes vilkår for gjennomføringen av samværet, for eksempel samvær under tilsyn av hensyn til barn som bl.a. har vært utsatt for overgrep og rusmisbruk hos foreldrene. Etter bestemmelsens 4. ledd skal det gis varsel der det avtalte samværet ikke kan gjennomføres. Dette varselet må gis i rimelig tid til den andre forelderen, men loven gir ingen anvisning på hva som er rimelig tid. På den annen side kan det være vanskelig å gi uttømmende regler, siden samværets omfang og familiens situasjon varierer som vil påvirke en varslingsplikt. Med tanke på behovet for forutberegnelighet og stabilitet for barnet og av hensyn til den andre forelderen, bør man unngå å avlyse et planlagt samvær uten gode grunner. I bl. § 43 5. ledd er det gitt regler om samværshindring (samværsnekt). I slike tilfeller kan en forelder reise sak for retten etter reglene i bl. § 64. I tillegg har vi regler om tvangsfullbyrdelse der en bostedsforelder hindrer samvær. Det sedvanligste virkemiddelet er tvangsmulkt etter bl. § 65. ”Far har en dom fra Høyesterett som gir ham rett til samvær. Likevel fortsetter mor å sabotere”³², er et eksempel på at samværsnekt forekommer. Hvorvidt dagmulkt er et egnet middel ved samværsnekt er et debattert tema.

I bl. § 45 gis det regler for samværsrett for andre enn foreldrene i de tilfeller som er nevnt i bestemmelsen.

³⁰ Haugli (2007) s. 371

³¹ Drøftet i NOU 2008:9 s. 61-68

³² Nilsen og Jensen (2008)

3.1.4 Hva menes med barnets beste?

Prinsippet om barnets beste er nedfelt i Barnekonvensjonens art. 3 og er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4. Barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1 slår fast at ved alle handlinger som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Uavhengig av om disse handlingene foretas av offentlige eller private

velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer.

”Etter gjeldende rett skal hensynet til barnets beste være det avgjørende kriterium både når foreldrene selv skal avgjøre spørsmål knyttet til barn etter samlivsbrudd, og når spørsmålet skal avgjøres av forvaltningen eller domstolene”³³.

Barnets beste oppfattes som et dynamisk, men skjønnsmessig rettslig standard. Begrepet utvikler seg over tid og skal legges til grunn for alle avgjørelser vedrørende barn. Følgelig skal alle spørsmål om foreldreansvar, bostedsspørsmålet og samværsomfang avgjøres ut fra konkrete helhetsvurderinger for det enkelte barnet i den enkelte sak. ”Prinsippet blir imidlertid igjen og igjen kritisert for å være vagt, abstrakt og verdiløst, og fordi det ikke sier noe om *hva* som er best for barnet”³⁴. Det kompliserte ved barnets beste er at hvert enkelt barn og hver familie er unik(t) med hensyn til individuelle behov og situasjoner. Barnets beste – prinsippet fungerer som et retningsgivende fundament som vil være det bestemmende utgangspunkt ved barnerettslige vurderinger.

Spørsmålet om hva som er barnets beste til enhver tid kan således beskrives som en konkret og individuell vurdering hvor momentene avhenger av saksområdet og det enkelte barns situasjon. Ved denne helhetsvurderingen skal man vurdere de konsekvenser som påføres barnet på kort og lang sikt.

Betydningen av begrepet barnets beste vil variere ettersom hva slags forventninger og kulturelle normer og verdier som eksisterer. Likevel er det mulig å trekke frem noen sentrale momenter som kan belyse hva som ligger i begrepet barnets beste ved

³³ NOU 2008:9 s. 35

³⁴ Smith (2008) s. 94

barnefordelingssaker. Blant annet i Rt. 2003 s. 35 foretar førstvoterende en vurdering av hva som er til barnets beste for dette barnet, ved å vise til at dette barnet var spesielt utsatt pga. autisme og dermed hadde et stort behov for trygghet, stabilitet, forutsigbarhet og fast struktur i livet. Andre momenter som i stor grad anvendes for belyse hva som er barnet beste er bl.a. miljøskiftargumentet og status quo-prinsippet, barnets egne ønsker, mest mulig samlet foreldrekontakt og omsorgsmuligheter fremover. Jeg viser til pkt. 3.3.2.3 for eksempler på hvordan domstolene bruker disse argumentene ved drøftelsen av barnets beste.

3.2 Foreldrenes avgjørelsesmyndighet etter samlivsbrudd

3.2.1 Felles foreldreansvar – foreldreansvarskompetanse

3.2.1.1 Kort om hvordan foreldreansvaret erverves/oppstår

Det alminnelige i dag er at foreldrene har felles foreldreansvar for felles barn etter samlivsbruddet. Etter bl. § 34 1. ledd har gifte foreldre automatisk felles foreldreansvar for felles barn. De kan ikke avtale at bare den ene skal ha foreldreansvaret så lenge ekteskapet består. Hvis foreldrene gifter seg etter at barnet er født, får de også felles foreldreansvar. Ved skilsmisse eller separasjon opprettholdes det felles foreldreansvaret inntil foreldrene avtaler noe annet, jfr. bl. § 34 2. ledd. Etter bl. § 35 1. ledd har moren foreldreansvaret alene der foreldrene ikke er gift eller bor sammen. Samboere med felles barn har etter bl. § 35 2. ledd felles foreldreansvar ved melding til folkeregisteret etter bl. § 39. Bl. § 38 regulerer foreldreansvaret ved dødsfall av forelder(e).

Ved konflikt om foreldreansvar mellom foreldrene skal en avgjørelse rette seg etter barnets beste, jfr. bl. a. Rt. 2003 s. 35. I denne dommen fikk ikke faren foreldreansvar etter en helhetsvurdering. Samtidig pekte Høyesterett på at det skal svært mye til for ikke å idømme felles foreldreansvar, men foretok samtidig en konkret vurdering av barnets beste i dette tilfelle. Hvis barnets beste tilsier det, har retten mulighet til å fastsette felles foreldreansvar mot foreldrenes vilje.

3.2.1.2 Avgjørelsesmyndighet ved felles foreldreansvar

Foreldreansvaret får særskilt betydning ved samlivsbrudd, og ”siktemålet med felles foreldreansvar er at foreldrene skal være sammen om å treffe de viktigste *avgjørelsene* vedrørende barnet”³⁵. Etter bl. § 30 tar foreldrene beslutninger i fellesskap der foreldreansvaret er felles. Denne kompetansen tolkes ikke slik at de må ta alle beslutninger i fellesskap. Der det felles foreldreansvaret er foranledning til en uenighet mellom foreldrene, mangler loven tvisteløsningsmekaniske. Foreldrene er i så fall henvist til de alminnelige meglingsordninger og rådgivningskontorer som bl.a. familievernkontor.

Etter et samlivsbrudd praktiseres i de fleste tilfeller ett fast bosted for barnet og samværsrett med barnet for den andre forelder. Bl. § 37 begrenser avgjørelsesmyndigheten ved felles foreldreansvar. Barneloven konkretiserer ikke hva slags temaer som faller inn under felles foreldreansvar og hva som faller inn under bostedskompetanse. ”Lovteksten er neppe egnet til en uttømmende beskrivelse av hvilke avgjørelse som følger av henholdsvis foreldreansvaret, det å bo fast sammen med barnet (...)”³⁶. Foreldrene har ved felles foreldreansvar felles avgjørelsesmyndighet for barnet i dets personlige forhold når det ikke griper inn i bostedskompetansen. Personlige forhold kan være mangt, men spørsmål om bl.a. utstedelse av pass, valg av type skole, samtykke til adopsjon og ekteskapsinngåelse, navnevalg, innmelding i trossamfunn, samtykke til medisinske inngrep og behandling, flytting utenlands og vergemål er forhold som faller under dette³⁷.

3.2.2 Bostedskompetanse, bl. § 37

Etter bl. § 37 kan den andre forelder som har felles foreldreansvar ikke motsette seg bostedsforelderens avgjørelser som gjelder ”vesentlege sider av omsuta for barnet”³⁸. Lovgiver har i bestemmelsen valgt å gi tre eksempler på hva vesentlige sider av omsorgen

³⁵ Haugli (2007) s. 342

³⁶ Ot.prp. nr. 56 (1996-97)

³⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 56 (1996-97)

³⁸ Bl. § 37

for barnet kan være: ”(...) om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet”³⁹. Der barnet har delt bosted er det forutsatt at disse avgjørelsene tas i fellesskap av foreldrene.

Rekkevidden av det som menes med større avgjørelser om dagliglivet varierer. ”Det hører ikke under det felles foreldreansvaret å treffe avgjørelser som relaterer seg til vanlig opplegg i hjemmet med hensyn til mat, klær, døgnrytme, tilsyn og stell. Også den daglige oppfølging i forhold til skole og barnehage må gå inn under dette”⁴⁰. Hvis barnet har ett fast bosted tilsier praktiske hensyn at kompetansen til slike avgjørelser tilfaller bostedsforelderen ved gjennomføringen av dagliglivet. På den andre siden kan ”generelle kostholdsvaner, mer omfattende fritidsspørsmål, valg av vennekrets etc. (...) alle reise viktige prinsipielle spørsmål om oppdragelsen og sosialiseringen av barnet”⁴¹. Slike viktige spørsmål bør muligens være en del av det felles foreldreansvaret med avgjørelseskompetanse i fellesskap. Dette utgangspunktet kan skape uenigheter og konflikter mellom foreldrene som vil kunne påvirke barnets hverdag i negativ retning. Derfor har lovgiver bevisst valgt å legge slike avgjørelser til bostedsforelderen, dels av hensyn til denne forelderen og dels av hensyn til behovet for en forutsigbar hverdag for barnet. Det er likevel en ”glidende overgang fra de mer trivielle og dagligdagse beslutninger til beslutninger som i større grad har slik betydning for barnet at det kan reises spørsmål om den andre forelder bør trekkes inn før beslutningen tas”⁴².

Det er likevel slik at det store konfliktpotensialet i bl. § 37 ligger i bostedsforelderens kompetanse til å avgjøre hvor i landet barnet skal bo. Når det gjelder dette spørsmål viser jeg til pkt. 3.4 hvor flyttespørsmålet er drøftet.

³⁹ Bl. § 37

⁴⁰ Haugli (2007) s. 343

⁴¹ NOU 2008:9 s. 54

⁴² NOU 2008:9 s. 54

3.2.3 Samværskompetanse, bl. § 42 2.ledd

Det er i barneloven slått fast at barnet har ”krav på omsut og omtanke frå den som er saman med barnet. Den som er saman med barnet, kan ta avgjerder som gjeld omsuta for barnet under samværet”⁴³. Bestemmelsen gjelder for foreldre både med og uten foreldreansvar. I de tilfellene hvor en forelder ikke har del i foreldreansvaret, men har samværsrett, fastslår bestemmelsen plikten til å gi barnet omsorg. Der en forelder har del i foreldreansvaret er omsorgsplikten regulert gjennom bl. § 30.

Hvis barnet ikke får den nødvendige omsorg og omtanke under samværet kan det muligens karakteriseres som en omsorgssvikt som kan gi grunn til å revurdere samværsordningen med hensyn til barnets beste. Bestemmelsen gjelder for både bostedsforelder og samværsforelder, når de har barnet hos seg. Loven fastsetter de avgjørelser som kan treffes som følge av at barnet er sammen med foreldrene. Her dreier det seg om dagligdagse avgjørelser under utøvelse av samvær, for eksempel leggetider, mat og klær, tilsyn og stell og oppfølging av skolen og leksearbeidet. Det sentrale er at samværsforelder kan ta de avgjørelser som er nødvendige under samværet.

3.3 Barnets bosted

3.3.1 Problemstilling

Delt bosted er et omstridt tema som ofte er debattert med sterke for- og mot begrunnelser. Det er da særlig to spørsmål som debatteres: 1) Hvorvidt delt bosted bør være inntatt i barneloven, og hva lovens utgangspunkt bør være etter et samlivsbrudd, og 2) om domstolene skal gis kompetanse til å fastsette delt bosted i en barnefordelingssak.

Selve begrepet delt bosted er ikke definert i barneloven, men ”forstås slik at barnet ikke har fast bopel hos en av foreldrene, men bor fast hos begge”⁴⁴. Delt bosted er behandlet meget

⁴³ Bl. § 42 2.ledd

⁴⁴ NOU 2008:9 s. 69

både i juridisk og barnefaglig litteratur⁴⁵ og i offentlige utredninger⁴⁶ slik at ”både norsk og internasjonal forskning omkring delt bosted etter hvert begynner å bli betydelig, og at det på dette område – som på andre områder – forekommer faglig uenighet”⁴⁷. Til tross for denne uenigheten er det bred oppslutning om at alle avgjørelser vedrørende barn skal ha utgangspunkt i barnets beste. Problemet kan være at barnets beste brukes for å belyse motstridende sider. Med dette som grunnlag diskuteres det hvorvidt delt bosted er en formålstjenlig måte å organisere et familieliv på etter samlivsbrudd. Videre hvilket krav som bør stilles hvis delt bosted skal være aktuelt, siden ”delt bosted representerer et nyere tilfang i måter å organisere familieliv etter samlivsbrudd”⁴⁸.

Ønsket om delt bosted kan ha forankring i ulike momenter. Retorikken hos både motstandere og tilhengere av delt bostedsordningen forankrer dette i barnets beste, men ofte er det fedrerett, likestillingshensyn eller rettferdig foreldrefordeling som begrunner standpunktet. Fra barnets ståsted vil det avgjørende være å få avklart omsorgssituasjonen i et konkret forhold. Til tross for at mange familier praktiserer delt bosted for barna etter et samlivsbrudd i dag, er det fortsatt slik at flertallet av barna bor fast hos en forelder (som regel mor), og har samværsrett med den andre (som regel far). ”I praksis kan det tenkes at en forelder lettere kan akseptere at barnet skal bo fast – det vil i realiteten si mest – hos den andre, så fremt dette ikke samtidig reduserer vedkommendes rett til å ta del i viktige avgjørelser vedrørende barnet”⁴⁹. I denne sammenhengen er behovet for å kunne ha en innflytelse i barnas liv drivkraften bak delt bosted. Det er nettopp denne innflytelsen som er nedfelt i bl. § 37 gjennom bostedskompetanse for bostedsforelder. Likestilt botid med barna begrunner også et ønske om delt bosted. Dette kan ivaretas gjennom en utvidet samværsløsning begrenset oppad mot 50 % av tiden, slik at barnet i praksis bor like mye hos begge foreldrene. Dette karakteriseres dog ikke som delt bosted i barnerettslig sammenheng, siden delt bosted er forbundet med bostedskompetanse som en samværsforelder i dette tilfellet ikke får. Til tross for at barna i realiteten bor halvparten av

⁴⁵ For eksempel Skjørten (2007)

⁴⁶ Se bl.a. NOU 2008:9, NOU 1998:17, Ot.prp. nr. 56 (1996-97)

⁴⁷ NOU 2008:9 s. 73

⁴⁸ Skjørten (2007) s. 11

⁴⁹ NOU 2008:9 s. 70

tiden hos hver av foreldrene, kan det oppstå en skjevhet i maktbalansen mellom foreldrene som kan gi opphav til tvister og uenigheter, for eksempel ved flyttespørsmål.

Det særlige positive med delt bosted vil være at barna inkluderes i foreldrenes hverdagsliv selv etter et samlivsbrudd og således vil kunne ha tilhørighet i begge hjem. ”For barna er det ikke slik at familielivet stopper ved foreldrenes samlivsbrudd, det tar bare nye former. De har fremdeles samme mor og far, og det er viktig at foreldrene kan samarbeide godt”⁵⁰.

3.3.2 Gjeldende rett – barnets bosted

3.3.2.1 Barneloven § 36 1.ledd 1. pkt – fast bosted

Lovens utgangspunkt er at foreldrene har full avtalefrihet etter samlivsbruddet til å finne løsninger for sine barn når det gjelder bosted. Det er heller ikke oppstilt noen formkrav til slike avtaler. Dette ivaretar en forventning om at det er foreldrene som kjenner barna sine best. De bør derfor ha de beste forutsetninger til å kunne ivareta deres beste og finne omsorgsløsninger som vil fungere for alle parter etter et samlivsbrudd. Foreldrenes avtalefrihet er ikke ubegrenset. Den begrenses av en plikt til å ivareta barnets behov og omsorg. Barnets lovbestemte med- og selvbestemmelsesrett, se for eksempel bl. §§ 31 til 33, jfr. bl. § 30, setter også begrensninger i avtalefriheten for foreldrene. Alle avgjørelser vedrørende barnet skal ha grunnlag i prinsippet om barnets beste. Foreldrene kan da ikke avtale fritt etter sine egne ønsker uten å ha grunnlag i dette prinsippet. De fleste foreldrene klarer selv å komme frem til fornuftige utenrettslige avtaler vedrørende bosted og samvær for sine barn. Dette kan være motivert av bl. § 36 1. ledd 1. pkt., hvorefter foreldrene gis frihet til å avgjøre hvem av dem barnet skal bo fast hos. I slike tilfeller vil da barnet ha fast bosted hos en av foreldrene og nærmere avtalt samvær med den andre forelderen.

”I de fleste tilfellene er det slik at barnets faste bosted er der barnet bor mesteparten av tiden, selv om barnet i prinsippet kan ha samvær med den andre forelderen i opptil 50 % av

⁵⁰ Skjørten (2007) s. 261

tiden”⁵¹. Som nevnt under pkt. 3.1.3, er det i bl. § 42 gitt regler om barnets rett til samvær med foreldrene. Samværet har en fundamental rettslig stilling i barneretten, men begrenses der barnets beste taler imot det, som for eksempel i volds- og overgrepssaker.

Rt. 1991 s. 1148, som er kraftig kritisert når det gjelder domsresultatet, gir et bilde av samværets elementære stilling. I denne saken valgte retten å idømme et dramatisk omsorgsskifte for en gutt på 7,5 år fra mor til far til tross for at barnet aldri har bodd sammen med far, men hvor mor bevisst motarbeidet barnets samvær med far. Retten la blant annet avgjørende vekt på at Stortinget fremhever kontakt med begge foreldrene ved barnefordelingssaker. Med sin avgjørelse ga Høyesterett et sterkt signal om at fast bostedsforeldre skal samarbeide om samværsretten der barnets beste tilsier det.

3.3.2.2 Barneloven § 36 1.ledd 2. pkt – delt bosted

I bl. § 36 1. ledd 2. pkt. er det nedfelt at foreldrene kan avtale fast bosted for barna hos begge. Det er dette som karakteriseres som delt bosted. Valg av bostedsordning vil videre ha betydning for samværet og bostedskompetansen. Således vil ”en avtale om delt bosted innebære at begge foreldrene får bostedskompetanse over barnet”⁵², og begge foreldrene har den avgjørelsesmyndighet som er angitt i bl. § 37. Ved delt avgjørelsesmyndighet gir loven lite veiledning om hvordan denne myndigheten kan organiseres ved delt bosted. Det forutsettes likevel at foreldrene her enten må være enige om de beslutningene som gjelder vesentlige sider av omsorgen for barnet, eller at de kan velge å dele bestemmelsesretten mellom seg. Der foreldrene velger å dele bestemmelsesretten, gjelder ikke den kompetansen som tilligger foreldreansvaret. I realiteten kan det være komplisert å praktisere og definere hvilken avgjørelsesmyndighet som ligger under hvilken kompetanse. Ofte vil foreldre som praktiserer delt bosted være enige og kunne klare å finne løsninger sammen.

⁵¹ NOU 2008:9 s.18

⁵² NOU 2008:9 s. 19

Barneloven gir verken en fordelingsnøkkel eller en anvisning på hvor mye tid barnet skal tilbringe hos hver av foreldrene ved valg av delt bosted. Hvordan foreldrene da velger å organisere selve delt bosted er varierende og det trenger heller ikke å innebære like mye botid hos hver av foreldrene. Mange velger en løsning med en uke hos hver, men det forekommer også andre løsninger, som for eksempel en botid på 45 % av tiden hos en av foreldrene og 55 % hos den andre eller en 70-30 % -bostedsløsning. I de tilfellene hvor det praktiseres delt bosted uten at botiden er likt fordelt, kan det trekkes paralleller til fast bosted og samværløsning. Det kan forstås slik at ”det avgjørende skillet mellom delt bosted og samvær referer seg altså ikke til tid, men til denne avgjørelsesmyndigheten”,⁵³ som delt bosted frembringer, jfr. bl. § 36 1.ledd 2. pkt, jfr. bl. § 37.

I de tilfeller hvor foreldre praktiserer delt bosted avdekkes det en annen praktisk problemstilling vedrørende barnets registrering av bostedsadresse. I dag er foreldrene tvunget til å angi én fast adresse for barna, men de har meddelt myndighetene⁵⁴ at de praktiserer delt bosted. De har mulighet til å bytte adresse på barnet annethvert år. En annen løsning som er brukt er at foreldrene registrerer for eksempel et barn på hver bostedsadresse. I NOU 2008:9⁵⁵ anmodes det om at lovgiver må legge til rette for forhold der delt bosted er valgt for barna. For å skape klarhet og notoritet oppfordres det til å finne en løsning. I Norge har vi allerede en mulighet til å ha én bostedsadresse og én postadresse som begge kan innføres i både folkeregisteret og hos posten, men en arbeidsgruppe nedsatt av Finansdepartementet og forsyningsdepartementet har foreslått å innføre et tillegg til disse, en sekundæradresse. Denne såkalte sekundæradressen vil kunne registreres i folkeregistret, som en bostedsadresse. Arbeidsgruppen viser blant annet til at sekundæradressen er ment å skulle fange opp situasjonen for barn med delt bosted. Barneutvalget i NOU 2008:9 stiller seg positivt til dette forslaget, men er forsiktig med å gi ordningen navnet sekundæradresse, siden det kan gis et inntrykk av en rangordning mellom

⁵³ NOU 2008:9 s. 19

⁵⁴ Slik som folkeregistret, trygde- og skattemyndighetene

⁵⁵ NOU 2008:9 s 70-72

foreldrenes adresser. Det sies at der ”foreldrene praktiserer en ordning med delt bosted bør man unngå at foreldrene må velge ett av bostedene som sekundært”⁵⁶.

3.3.2.3 Barneloven § 36 2.ledd – domstolens kompetanse

Fast bosted

Hvis foreldrene ikke klarer å bli enige om hvor barnet skal bo fast, kan de bringe spørsmålet inn for retten, jfr. bl. § 56. Velger foreldrene å reise spørsmålet for retten, kan retten ikke idømme delt bosted, men ”avgjøre at barnet skal bu fast hos ein av dei”, jfr. bl. § 36 2. ledd. Slike avgjørelser skal etter bl. § 48 først og fremst rette seg etter det som er best for dette barnet etter en konkret avveining. ”Loven gir ingen anvisning på hvilke momenter som vil være relevante ved vurderingen, men i rettspraksis og teori er det angitt en rekke momenter som generelt vil kunne være av betydning”⁵⁷. Det er mange argumenter med ulik relevans i barnefordelingssaker som kan belyse barnets beste etter bl. § 48, slikt som risikoen for miljøskifte⁵⁸ (status quo-prinsippet), stabilitet og forutberegnelighet for barna, personlige egenskaper ved omsorgspersonen, samarbeidet mellom foreldrene, mest mulig samlet foreldrekontakt, barnets ønsker og stabilitet i hjemmet⁵⁹. Denne oppregningen er ikke uttømmende, og en utførlig behandling av disse momentene faller utenfor denne fremstillingen.

Bostedsavgjørelser i barnefordelingssaker skal rette seg etter barnets beste og ”vil i alminnelighet bero på en bred vurdering av den omsorg hver av foreldrene materielt og emosjonelt vil kunne tilby barnet”⁶⁰. Etter bl. § 31 har barnet en lovfestet rett til å bli hørt og være med på avgjørelser som berør dem⁶¹. I rettspraksis er det gitt uttrykk for at uttalelser fra barna om deres ønsker vedrørende bosted skal være dyptgående, reelle⁶² og

⁵⁶ NOU 2008:9 s. 72

⁵⁷ TOSLO-2006-15519

⁵⁸ Se bl.a. Rt. 1996 s. 950

⁵⁹ Se bl. a. Rt. 1993 s. 1165

⁶⁰ LG-2007-071030 (Gulating)

⁶¹ En annen problemstilling reises av Smith (2004) s. 223-231; Er barnets rett til å uttale seg en ubetinget rett, eller kan denne settes til side hvis barnets beste tilsier noe annet?

⁶² Se bl.a. Rt. 2007 s. 376

umotivert av foreldrene⁶³. På den ene siden er målet med disse uttalelsene at barnet skal kunne uttrykke seg fritt og motivert av sine egne ønsker, men på den andre siden er det ikke utenkelig at barnet er lojal mot sine foreldre og ikke ønsker å uttale seg. Etter bl. § 31 2.ledd skal et barn få lov til å uttale seg etter fylte syv år, spesielt i saker om barnefordeling. Fra barnet er tolv år skal dets mening tillegges stor vekt. Med dette har barnet en rett til å uttale seg, men ingen plikt. Likevel er det antatt at hvis barnet ikke gis anledning til å uttale seg kan det føre til saksbehandlingsfeil. Når det gjelder barn under 7 år er det ”sjelden at deres mening om fast bosted kommer til uttrykk i domstolene”⁶⁴.

Miljøskifteargumentet ved barnefordelingssaker er det ”klart mest fremtredende argumentet under partenes anførsler om hvor barnet skal bo fast (...) under rettens merknader ble dette argumentet behandlet i 75 % av sakene, og var dermed hyppigst drøftet av alle momenter”⁶⁵. Domstolene vurderer risikoen for miljøskifte eller status quo-prinsippet opp mot barnets beste og det er en tendens til å beslutte at det ikke er til det beste for barnet at det må flytte. ”Risikoen ved miljøskifte kan både relatere seg til risikoen ved å skifte omsorgsperson og til risiko ved skifte av bomiljø”⁶⁶. Det kreves videre at en eventuell flytting av barnet vil føre til fordeler for dette barnet, jfr. bl.a. Rt. 1996. s. 420. I en annen dom sies det at ”under enhver omstendighet kreves en viss sannsynlighet for at en flytting vil medføre fordeler for barna, for at man skal endre en velfungerende ordning”⁶⁷. I barnefordelingssaker tolkes momentene konkret ved ”en totalvurdering av hva som vil være til beste for barna ut fra dagens situasjon”⁶⁸.

Det kan virke som at hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt har fått mer gjennomslagskraft de siste årene, og dette momentet vurderes gjerne mot status quo-prinsippet, særlig i de tilfellene hvor en av foreldrene motarbeider samværsrett⁶⁹. I Rt. 1982

⁶³ Se bl.a. LF-1999-01081 (Frostatting)

⁶⁴ Skjørten (2005) s. 60

⁶⁵ Skjørten (2005) s. 76

⁶⁶ Haugli (2006) s. 355

⁶⁷ Rt. 1996 s. 420

⁶⁸ Rt. 1996. s. 950

⁶⁹ Se bl.a. Rt. 1997 s. 43

s. 116 gjaldt saken en 5 år gammel jente som bodde hos sin far i det huset hun ble født. Moren hadde flyttet ut da jenta var 2 år gammel. Både mor og far hadde reetablert seg og far hadde fått nytt barn. Domstolen anså begge foreldrene i denne dommen for å være gode omsorgspersoner for datteren. Faren på sin side motarbeidet samværet mellom mor og datteren og hadde vist manglende vilje til å medvirke til at datteren fikk se sin mor. På bakgrunn av fars holdning konkluderte flertallet med at samværet ville bære preg av konflikter i fremtiden og at dette ville føre til tap for barnet. Far har allerede god kontakt med datteren, og ved å flytte barnet til mor ville man oppnå mest mulig kontakt med foreldrene, samtidig som at mor vil respektere fars samværsrett. Dommen viser at hensynet til mest mulig kontakt med foreldrene etter en konkret vurdering veide mer enn risikoen for miljøskifte. At hensynet til mest mulig foreldrekontakt står sterkt i rettspraksis stadfestes også i bl.a. Rt. 2005 s. 682.

Andre momenter som vurderes er hvorvidt foreldrene er villige til å samarbeide med hverandre til fordel for barnet⁷⁰. I en generell bemerkning sier retten i LH-2005-156977 at ”vurderingstemaet beror på hva som best vil trygge barnets oppvekst og utvikling, etter en helhetsvurdering av de konkrete forhold i saken”.

Delt bosted

Hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt kommer inn med full tyngde der hvor delt bosted diskuteres. Til tross for at domstolene er avskåret fra å idømme delt bosted har dette spørsmålet blitt anført for retten av foreldrene, og til dels blitt drøftet av domstolene i domsgrunnene. I Rt. 1986 s. 313 uttalte kjæremålsutvalget at delt bostedsordning for barna krever store ressurser fra foreldrenes side hvis de ikke er enige, og at denne uenigheten kan gi utslag i negative påkjenninger for barna. Samtidig ble det oppgitt at det ikke foreligger noen holdepunkter i barneloven ellers dens forarbeider som kan tilsi at domstolene har kompetanse til å idømme delt bosted mot foreldrenes vilje.

⁷⁰ For eksempel Rt. 1997 s. 35

Høyesteretts kjæremålsutvalg opprettholdt i Rt. 1991 s. 1050 en avtale om delt bosted mellom foreldrene, i en midlertidig kjennelse i påvente av hovedforhandlingen. Forholdet i denne saken var at foreldrene hadde praktisert delt bosted for barna etter separasjon og skilsmisse, men en av foreldrene tok ut stevning i 1991 med krav om fast bosted. Det ble i kjennelsen henvist til Rt. 1986 s. 313 og forbudet mot å idømme delt bosted mot forelderens vilje, men kjæremålsutvalget argumenterte med at ”der partene har avtalt og praktisert en ordning med delt omsorg slik at barna er like lenge hos hver av dem, kan retten ikke være avskåret fra å treffe en avgjørelse som innebærer at denne ordningen fortsetter mens en ny sak om omsorgsspørsmålet er til behandling”⁷¹.

I Rt. 2006 s. 1681 opphevet kjæremålsutvalget lagmannsrettens kjennelse. Lagmannsretten hadde valgt å opprettholde en avtalt delt bostedsordning for barnet, men gjorde noen enkelte småjusteringer i avtalen. Til dette uttalte kjæremålsutvalget: ”Lagmannsretten har imidlertid i den foreliggende sak ikke avslått begjæringen om midlertidig avgjørelse, men etablert en ordning med delt bosted som på noen – om enn mindre – punkter avviker fra det partene har avtalt. Det må bero på feil lovtolkning når lagmannsretten har lagt til grunn at den har adgang til å komme frem til en slik løsning i strid med partenes ønske”⁷². I en annen midlertidig kjennelse i LB-2006-167716 valgte lagmannsretten å opprettholde en avtalt delt bostedsordning for foreldrene i påvente av hovedforhandling. I lys av barnets beste drøfter her lagmannsretten delt bostedsspørsmålet mer fremtredende enn i Rt. 1991 s. 1050. ”(...) I denne saken vil det være hensynet til Cs beste som alene vil være avgjørende (...) At ingen av foreldrene mener at fortsatt delt bosted vil være Cs beste, er et moment som taler mot denne løsningen, men er ikke ubetinget avgjørende”⁷³. Domstolen poengterte videre at ved midlertidige avgjørelser kan barnets beste være avvikende sammenlignet med i hovedsaken. I dette tilfellet mente retten at barnets beste vil være å fortsette med en etablert ordning med delt bosted fremfor å skifte bosted i påvente av en endelig dom, særlig når resultatet i hovedsaken ikke ”fremstår som klart”⁷⁴.

⁷¹ Rt. 1991 s. 1050

⁷² Rt. 2006 s. 1681 pkt. 26

⁷³ LB-2006-167716 (Borgarting)

⁷⁴ LB-2006-167716 (Borgarting)

I Oslo tingretts dom, TOSLO-2006-15519, gjaldt saken fast bosted etter bl. § 36 og samværsrett etter bl. § 43. Partene hadde i denne saken praktisert delt bosted for barnet etter samlivsbruddet, slikt som i noen av de ovennevnte sakene. Faren la ned subsidiær påstand om delt bosted i retten, mens den prinsipale påstanden var fast bosted hos han. Retten bemerket at faren forankret delt bosted i barnets beste og uttalte at barneloven § 36 annet ledd måtte vike dersom delt bosted er til barnets beste. Faren fant støtte for sitt standpunkt i juridisk litteratur (Smith/Lødrup), prinsippet om barnets beste i barnekonvensjonen og Rt. 1991 s. 1050. I Smith/Lødrup uttales det at ”vi er enige i at det å påby delt bosted er lite heldig hvor en av foreldrene motsetter seg det. Delt bosted forutsetter i stor grad samarbeid mellom foreldrene, og evne til samarbeid. Men vi er likevel tvilende til om det er grunn til et kategorisk forbud mot det. Det kan nok tenkes tilfeller hvor dette er barnets beste”.⁷⁵ Oslo Tingrett redegjorde for sin mening og uttalte: ”etter rettens oppfatning kan det tenkes tilfeller der barnets beste tilsier at retten til tross for ordlyden i barneloven § 36 kan ønske å bestemme delt omsorg, men saken ligger etter rettens oppfatning ikke slik an i dette tilfellet. Retten finner det derfor ikke nødvendig her å ta stilling til det spørsmålet advokat Østberg har reist”.⁷⁶ I domsgrunnene uttaler retten at delt bosted ikke er noe alternativ der hvor foreldrene er uenige, og i denne saken bygget retten videre på at barnet hadde hatt god kontakt med begge foreldrene gjennom en delt bostedsordning, og at et skifte til en fast base ikke vil innebære negativ risiko for miljøskifte for barnet. Den oppnevnte sakkyndige i saken mente at delt bosted for barnet hadde vært den beste løsningen, men anbefalte det ikke på daværende tidspunkt grunnet foreldrenes konflikt og samarbeidsproblemer fra fars side. Dommen ble anket, og ankesaken er publisert i LB-2006-171789, hvor far igjen nedla påstand om delt bosted som det beste for barnet. Lagmannsretten kom til samme resultatet som tingretten og viste til tingrettens begrunnelse, men uttalte samtidig at ”på det nåværende tidspunkt ikke foreligger enighet mellom partene om at C skal bo fast hos dem begge. I denne situasjonen må retten etter barneloven § 36 annet ledd avgjøre at barnet skal bo fast hos en av partene. Det er ikke nødvendig for retten å ta stilling til om det lege ferenda er grunn til å gi

⁷⁵ TOSLO-2006-15519 (Oslo Tingrett)

⁷⁶ TOSLO-2006-15519 (Oslo Tingrett)

domstolene adgang til å fastsette delt bosted for et barn selv om foreldrene ikke er enig om dette, idet det de lege lata ikke er tvilsomt at rettens kompetanse er begrenset av regelen i § 36 annet ledd”⁷⁷.

3.3.2.4 Oppsummering

Bl. § 36 1.ledd bygger på avtalefrihet mellom foreldrene ved valg av fast bosted, fordi de er de nærmeste til å vurdere hva som er til barnets beste. Delt bosted bygger på en ordning som forutsetter samstemmighet, avtalefrihet og samarbeid mellom foreldrene. Om foreldrene blir enige eller ikke om bostedsspørsmålet, er det sentrale for barnet med en tydelig avklaring av omsorgs- og samværsspørsmålet i en situasjon med samlivsbrudd. Barnet skal unngå store belastninger ved foreldrenes brudd. Til tross for at gjeldende rett avskjærer domstolenes kompetanse til idømme delt bosted i Norge, tyder ovennevnte praksis på at domstolene står overfor vanskelige saker vedrørende barn hvor delt bosted kan være aktuelt. Selv om de fleste av de nevnte dommene handlet om midlertidige avgjørelser etter bl. § 60, så er argumentene domstolene bruker av interesse.

3.3.2.5 Kort om fremmed rett

Svensk rett

I Sverige reguleres forholdet mellom barn og foreldre i Föräldrabalk av 1949:381 6 kapittel som omhandler ”vårdnad, boende och umgänge”. I motsetning til norsk rett, deler ikke svensk rett mellom foreldreansvar og bostedskompetanse. I stedet brukes termen ”vårdnad” som uttrykk for ”de juridiske rettigheter og forpliktelser som i Norge omfattes av både foreldreansvar og bostedsmyndighet”⁷⁸. Således blir innehavere av ”vårdnaden” de personer, vanligvis foreldre, som er juridiske ansvarlige for et barn. Det er en automatikk i det svenske rettssystemet i at gifte foreldre får felles vårdnad (gemensam vårdnad) som består selv ved skilsmisse, jfr. 3 §. Hvis en av partene ønske å oppheve fellesvårdnaden etter samlivsbruddet må saken bringes inn for retten, jfr. 5 §. At vårdnaden er felles,

⁷⁷ LB-2006-171789 (Borgarting)

⁷⁸ NOU 1998:17 s. 77

innebærer at foreldrene sammen må fortsette å bestemme over viktige spørsmål vedrørende barnet i dets personlige forhold, som for eksempel flytting med barnet. Men felles vårdnad har ingen betydning for barnets bosted og behøver nødvendigvis heller ikke å bety at barnet må bo like mye hos begge foreldrene.

I Föräldrabalken gis det egne regler for barnets bosted og samvær. I likhet med i norsk rett har foreldrene avtalefrihet i Sverige ved spørsmål om bestemmelse av barnets faste bosted og samvær, jfr. Föräldrabalken 14 a §, 15 § og 15 a §. For at slike avtaler skal være gyldige, er det imidlertid nødvendig med skriftlighet, og avtalene må godkjennes av sosialforvaltningen. Ved uenighet mellom foreldrene kan bosteds- og samværsspørsmålet bringes inn for retten uavhengig av vårdnaden. ”Domstolene i Sverige ble, som de eneste i Norden, ved en større lovreform i 1998, gitt muligheten til å kunne idømme såkalt «växelsvis boende» dersom dette var til barnets beste. Regelen fremgikk riktignok ikke av ordlyden i Föräldrabalken, men ble forutsatt i forarbeidene”⁷⁹. Det er altså antatt at delt bosted kan idømmes til tross for at dette ikke eksplisitt kommer frem av loven. Sverige er det eneste landet i Norden hvor domstolene har kompetanse til å idømme delt bosted mot en av forelderens ønske der barnets beste skulle tilsi det. Eneste forutsetning er at foreldrene har felles vårdnad.

Dansk rett

Når det gjelder Danmark er reglene om foreldre og barn gitt i Forældreansvarsloven. ”Heller ikke i Danmark skilles det mellom foreldreansvar og bostedsmyndighet – begge deler innehas av den av foreldrene som har foreldremyndigheten over barnet”⁸⁰. En forelder med foreldremyndighet kan alene treffe beslutninger angående barnet når det gjelder dets personlige forhold, som for eksempel bopel og religion. Hvis begge foreldrene har foreldremyndighet, må de være enige om vesentlige beslutninger vedrørende barnet. Hva som er vesentlige forhold vedrørende barnet er definert som inngripende beslutninger for barnet som påvirker alle parter, som for eksempel flytting til utlandet. Videre kan fast

⁷⁹ Jakobsen (2007) s. 258

⁸⁰ NOU 1998:17 s. 77

bostedsforelderen bestemme i dagligdagse forhold i barnets liv, for eksempel hvor i landet barnets bopel skal være.

Ved flytting er det innarbeidet en regel om varsling hvor forelderen må gi varsel seks uker før flytting til den andre forelderen, jfr. lovens § 18. Med denne regelen innføres det en varslingsplikt for alle foreldre, så vel bostedsforelderen som samværsforelderen uavhengig av samværet. Varslingsplikten faller bort der en forelder har foreldremyndigheten alene. Denne regelen er gitt av hensyn til den andre forelderen som kan være uenig i flyttingen, og således kan mobilisere og sette i verk tiltak, for eksempel megling og stevning, for å få kartlagt kontakten og samværet med barnet ved en eventuell flytting. Det er ikke sanksjoner tilknyttet varslingsregelen hvis forelderen for eksempel opptrer illojalt ved å unnlate å varsle den andre forelderen. I slike tilfeller kan saken bringes inn for retten med krav om endring av felles foreldremyndighet, men det er ikke anledning til å kun reise spørsmålet vedrørende flytting. Illojal opptreden fra en forelder kan inngå som et moment i en felles vurdering av foreldremyndighet, og bevisbyrden vedrørende oppfyllelse av varslingsplikten påhviler den forelderen som ønsker å flytte. Der hvor foreldrene har felles foreldremyndighet, kan ikke flytting til utlandet gjøres uten samtykke fra den andre forelderen.

Når det gjelder delt bosted, er det i Danmark verken adgang for foreldrene til å avtale dette utenrettslig, eller for domstolene til å idømme ordningen under en barnefordelingssak. Dette betyr at barnet må ha et fast bosted hos en av foreldrene og samvær for den andre, som kan avtales opptil halvparten av tiden.

3.3.3 Hvordan rettstilstanden bør være?

3.3.3.1 Undersøkelse vedrørende delt bosted⁸¹

Som nevnt innledningsvis foreligger det omfattende empirisk materiale vedrørende delt bosted. Av dette kan bl.a. nevnes Trude Haugli (1995), Ekelund m.fl. (1997), Andenæs (2001), Øberg og Øberg (2002), Sosialstyrelsen (2004) og Kristin Skjørten m.fl. (2007). I delt bosted-undersøkelsen⁸² av Kristin Skjørten m.fl. ses det på erfaringer hva angår delt bosted for barna fra foreldrenes ståsted og deretter fra barnas synsvinkel.

Når det gjelder barnets alder, har det vært hevdet fra ulike barnesakkyndige at delt bosted ikke er til det beste for de yngste barna. I Sosialstyrelsens undersøkelse frarådes delt bosted for små barn, særlig de under 18 mnd. På den annen side hevdet foreldrene som i denne undersøkelsen praktiserte delt bosted for yngre barn (fra 18 mnd), at ordningen fungerte både for foreldrene og barna. Betenkeligheter til delt bosted for de minste barna begrunnes ofte med at det kan være utfordrende for dem med delt bosted når det gjelder deres tilknytning og kognitive utvikling. ”Det man utan tvekan kan säga är att barn under det första levnadsåret bör ha någorlunda kontinuerlig kontakt med åtminstone en vårdnande vuxen och att kontakten under denna tid inte bör ha längre avbrott”⁸³. Samtidig fremgår det av delt bosted-undersøkelsen at for de yngste av barna foretrakk foreldrene å dele uka fremfor annenhver uke hos hver. ”Begrunnelsen for delt uke var hovedsakelig ønsket om tett kontakt med begge foreldrene”⁸⁴. Dette kom også til uttrykk i sosialstyrelsens undersøkelse, hvor det ble lagt vekt på ”att korta och frekventa byten är bättre för små barn än alternerande mellan föräldrarna under längre perioder”⁸⁵.

Det er naturlig at barnas samvær og bostedsmønster endres i takt med deres alder. For de barna som var i videregående skolealder praktiserte noen av foreldrene to uker hos hver.

⁸¹ Avsnittet er bygget på Skjørtens undersøkelse (2007) og Sosialstyrelsens undersøkelse (2004)

⁸² Undersøkelsen er utført etter oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet

⁸³ Sosialstyrelsen (2004) s. 15

⁸⁴ Skjørten (2007) s. 167

⁸⁵ Sosialstyrelsen (2004) s. 15

Dette er begrunnet i at det er for slitsomt for barna med hyppig flytting frem og tilbake, og det gir rom for mer ro og kontinuitet ved lengre botid hos hver av foreldrene. I tillegg kan det også være slik at barna selv ønsker endringer i samvær og bosted begrunnet ut fra deres behov for et sosialt liv, for eksempel ved at de nedprioriterer samvær med foreldrene til fordel for vennerelasjoner i tenårene. Barna får da ofte med tiden ”(...) nye emosjonelle og sosiale behov når det gjelder kontakten (...)”⁸⁶ med foreldrene. Dette kan ha sin årsak i mange faktorer, bl.a. hvordan familiesituasjonen er, forhold til venner og barnas egne ønsker. Graden av medbestemmelsesrett og alder henger tett sammen i den forstand at de eldre barna muligens kan gi klarere uttrykk for sine ønsker. Barna trekker frem nær og god kontakt med begge foreldrene som en god erfaring gjennom delt bostedsordning. På den annen side påpekte enkelte av de eldre barna i sosialstyrelses undersøkelse at de ”skulle egentligen periodvis hellre bodd mest hos ene föräldern, då de tyckt att de behövt en fast punkt i tillvaron, ett ställe som var deras eget. Dette har de ibland inte vågat säga, av rädsla för att såra den förälder som de inte ville bo hos. I stället har de önskat att föräldrarna skulle ha sett och förstått behovet och gjort något åt det”⁸⁷. Dette stiller krav til foreldrenes fleksibilitet og deres evne til å være lydhøre overfor barnets ønsker. Det er elementært at barnets muligheter for selvbestemmelse ivaretas. De eldre barna påpekte at det mest slitsomme med delt bosted var den praktiske gjennomføringen ved samværet. Med den praktiske gjennomføringen menes omstendighetene rundt selve henting og levering, pakking av klær, skolebøker osv. Det er en utfordring for foreldrene å i disse tilfellene legge forholdene til rette for å kunne praktisere delt bosted uten at dette blir en belastning for barna. ”Gode hverdagsrutiner er helt vesentlig for at barna ikke skal oppleve delt bosted som belastende”⁸⁸.

Et annet fellestrekk som avdekkes i undersøkelsen er at ”fedre med høy utdanning er sterkt representert både blant foreldre som har delt bosted for barn, og blant fedre med omfattende samvær for barn (...) ut fra foreliggende forskning kan man forvente at det i særlig grad er fedrenes utdannelsesnivå som markerer skillet mellom delt bosted – foreldre

⁸⁶ Skjørten (2007) s. 172

⁸⁷ Sosialstyrelsen (2004) s. 29

⁸⁸ Skjørten (2007) s. 181

og enslige mødre/samværsfedre ”⁸⁹. Utdannelsesnivå henger videre sammen med mulighet for arbeidsliv og yrkesaktivitet. I de tilfellene hvor foreldrene praktiserte delt bosted viste det seg at mødrene var langt mer yrkesaktive enn de mødrene som har fast bosted for barna. Grunnen til det kan enten være at mødrene i disse tilfellene har mer tid til å være yrkesaktive den tiden barna er hos far, eller at de er nødt til å jobbe, siden de offentlige stønadene⁹⁰ opphører ved delt bosted. En annen mulig positiv konsekvens som nevnes i undersøkelsen, er at barn med delt bosted klarer seg bedre på skolen enn andre samlivsbruddsbarn.

”Avstanden mellom foreldrehjemmene ser til å være av vesentlig betydning for om foreldrene har delt bosted for barn”⁹¹. I undersøkelsen hadde flesteparten av delt bosted – foreldrene gangavstand mellom hjemmene⁹². Det var betydningsfullt for foreldrene at barna lettere skulle kunne opprettholde sine kontakter i kjent nærmiljø og ikke løpe en risiko ved miljøskifte. Videre kan det utledes av undersøkelsen at jo større avstanden mellom foreldrehjemmene er, jo vanskeligere kan det bli for barna å omgås samme sosiale krets. På den andre siden kan barna likevel klare å holde kontakten med sine sosiale kretser så fremt foreldrene ikke bor altfor langt unna hverandre. I slike tilfeller må muligens foreldrene aktivt medvirke til opprettholdelse av disse sosiale båndene. Barn er tilpasningsdyktige og de kan utvikle nye relasjoner, for eksempel der bostedene er lengre unna hverandre slik at muligheter for opprettholdelse av samme omgangskrets er mindre. Avstanden mellom foreldrehjemmene har også betydning for barnas kontakt med den av forelderen barnet ikke er hos. Undersøkelsene viser videre at selv etter reetablering, er avstanden mellom foreldrehjemmene kortere der foreldre har delt bosted enn der barnet har fast bosted og samvær. Ut fra dette kan det konkluderes med at delt bosted – foreldre ser på avstand mellom hjemmene som en forutsetning for å kunne gjennomføre en vellykket ordning. På den annen side er det slik at det ikke alltid er like lett å bosette seg i nærheten

⁸⁹ Skjørten (2007) s. 35

⁹⁰ Slikt som statlig bostøtte, overgangsstønad, utvidet barnetrygd

⁹¹ Skjørten (2007) s. 52

⁹² 3\4 deler av barna hadde gangavstand, jfr. Skjørten, Kristin m.fl. (2007) s. 53

etter et samlivsbrudd av ulike årsaker, slikt som økonomi, personlige følelser, arbeidssituasjonen, og boligsituasjon.

”Av samtlige foreldre med delt bosted for barn i vår undersøkelse var det 81 prosent som mente at ordningen fungerte bra for barnet. 79 prosent av foreldrene mente også at delt bosted – ordningen fungerte bra for dem selv, og 85 prosent mente at den andre forelderen var fornøyd. Få foreldrene mente at ordningen fungerte dårlig”⁹³. Dette tyder helt klart på at delt bosted – ordningen er en god ordning for dette utvalget, samtidig som foreldretilknytningen til begge foreldrene opprettholdes og utvikles. Videre forteller undersøkelsen at disse foreldrene er mer fornøyde enn de som har samværsordning med et fast bosted. I tillegg avdekkes det at fedrene er mer fornøyd enn mødrene, og mener at delt bosted er til barnets beste. Dette kan ha en sammenheng med at fedrene føler seg mer involvert i den daglige omsorgen og avgjørelsene for barna gjennom bostedskompetansen. På den annen side er samarbeidsproblemer mellom foreldrene den sentrale årsaken til at delt bostedsordning ikke fungerer for foreldrene selv og hvor de mener det samme for barna. Årsaker til samarbeidsproblemer kan være mange, for eksempel kan rutinene være forskjellige i de to hjem, grensesetting kan være ulik, og håndtering av ulike situasjoner kan være en utløsende faktor. Det er påvist at foreldrekonflikter som er dyptgående og langvarige, skader barna psykisk uansett bostedsordning, men i dette utvalgte hvor foreldrene har delt bosted er konfliktnivået betydelig lavere og samarbeidsprosenten tilsvarende høyere. Hva dette kan skyldes er nok vanskelig å si, men det kan muligens hevdes at delt bosted kan fungere som en konfliktdemper for foreldrene. På den annen side anføres det at ”delt bosted innebærer å formalisere og likestille innsats fra begge foreldrene etter tur, noe som samtidig krever at de hele tiden samarbeider og justerer etter den andres innsats. Denne gjensidige avhengigheten gjør ordningen ekstra sårbar for konfliktfulle relasjoner”⁹⁴.

⁹³ Skjørten (2007) s. 85

⁹⁴ Skjørten (2007) s 175

I normale familieforhold, uansett bostedsordning, vil barna som regel være lojale mot begge foreldrene og de vil nødig velge mellom mor og far. I slike tilfeller kan barna innta en diplomatisk rolle hvor de enten vil beholde status quo eller velge begge foreldrene. Et uønsket og påtvunget delt bosted vil verken være bra for barna eller foreldrene. Videre er det slik at barna har en eget evne til å utvikle ulike relasjoner både til mor og far under utøvelse av omsorg og oppdragelse i hverdagen. ”Barna beskriver altså ingen store forskjeller i omsorgsyttelsene mellom foreldrene”⁹⁵, men ønsker tett og nær kontakt med begge foreldrene ved å bruke deres ulike ressurser til å utjevne og realisere sine behov. I forlengelsen av dette syntes barna i undersøkelsen at det var greit å ha to hjem, og det var viktig for barna å føle seg inkludert i hverdagen i to husholdninger.

Det blir i undersøkelsene konkludert med at delt bosted kan fungere for både barn og voksne, men det er også slik at det for noen ikke vil fungere. ”Vi mener derfor at prinsippet om å vurdere barnets beste konkret ut fra hvert enkelt barns situasjon må være utgangspunktet i valget av bostedsløsninger for barn”⁹⁶. Det viktigste for barna er at de skal kunne ha rett til stabilitet, forutsigbarhet og likeverdig medvirkning fra begge foreldrene gjennom oppveksten. Voksne må ikke glemme at barn ikke velger sine foreldre og man bør som foreldre kunne sette sine behov til side når det gjelder barna og tenke på deres beste.

3.3.3.2 Hvorvidt delt bosted bør være lovens utgangspunkt? ⁹⁷

Et samlet utvalg i utredningen er enige om at det bør foretas endringer i bl. § 36. 1. ledd om valg av bosted for barnet. Imidlertid har utvalget ”delt seg i spørsmålet om det er grunn til å operere med et lovregulert utgangspunkt om barnets bosted etter et samlivsbrudd”⁹⁸.

Utvalgets flertall foreslår at for å sikre full avtalefrihet mellom foreldrene bør ikke loven ha noen utgangspunkt når det gjelder hvor barnet skal bo etter et samlivsbrudd. Det er foreldrene i de konkrete tilfellene som overlates til å finne løsninger ut fra barnets beste

⁹⁵ Skjørten (2007) s. 186

⁹⁶ Skjørten (2007) s. 264

⁹⁷ Drøftelsen bygger på NOU 2008:9, især kapittel 10 og høringsuttalelsene

⁹⁸ NOU 2008:9 s. 73

etter en samlet vurdering av alle forhold ved deres familiesituasjon. Flertallet legger til grunn at ved å ikke ha noe utgangspunkt om bosted i loven, vil man likestille en ordning med fast- og delt bosted, samtidig som loven i større grad vil legge til rette for bostedsordninger tilpasset barnets alder og individuelle behov. Dette kan være med på å bidra til at barnets beste kommer klarere frem. Mindretallet i utvalget foreslår delt bosted som lovens hovedregel etter et samlivsbrudd. Dette forankrer mindretallet i at barnets beste er mest mulig kontakt med begge foreldrene. Delt bosted vil samtidig bidra til å utvikle og påvirke foreldrenes synspunkter i retning av likestilling. Mindretallet mener samtidig at delt bosted ikke vil fungere for alle barn, og det må gjennom lovens forarbeider fremkomme ”at visse forutsetninger må være tilstede for at delt bosted skal være en god bostedsløsning”⁹⁹.

I tråd med mindretallets syn i utredningen fastslår forskning¹⁰⁰ og rettspraksis at enkelte grunnforutsetninger må foreligge for at en ordning med delt bosted kan fungere. Foreldrene bør tilstrebe for å finne et sted å bo i nærheten av hverandre slik at barna ikke har lange reiseavstander ved henting/levering, og de praktiske rutinene rundt dette bør være gode slik at barna unngår belastning. Videre må foreldrene ønske å ta del i ansvaret og omsorgen for barnet, samtidig som de må være fleksible og lytte til barnets ønsker og behov for endring av omsorgsløsninger over tid. Det viktigste i slike tilfeller vil være at foreldrene forplikter seg til å bidra til felles samarbeid om barnet og at de viser og innehar tilstrekkelig samarbeids- og omsorgsevne. Barnets alder kan være en avgjørende faktor for valg av bosted. Det er på det rene at barnets behov for samvær og bostedsordning forandrer seg i takt med deres alder og utvikling. Derfor foreslår flertallet i utredningen at ”full avtalefrihet uten føringer i loven vil bidra til å ivareta hensynet til at bostedsordningen kan tilpasses barnets alder”¹⁰¹.

Det som først og fremst kan skape konflikter for foreldrene etter et samlivsbrudd er det likeverdet de hadde i samlivet som synes å erstattes med et ulikeverd etter samlivsbruddet,

⁹⁹ NOU 2008:9 s. 74

¹⁰⁰ Som nevnt under pkt. 3.3.3.1

¹⁰¹ NOU 2008:9 s. 74

forutsatt at foreldrene ikke blir enige om delt bosted. Ut fra et likestillingsperspektiv, i tråd med mindretallets syn og delt bosted undersøkelsen, kan delt bosted i slike tilfeller ha konfliktdempende effekt samtidig som det fremmer likestilling. Delt bosted-undersøkelsen pekte også på at de foreldrene som ikke klarte å ha delt bosted for barna begrunnet dette med samarbeidsproblemer seg i mellom. Samtidig er en ordning med delt bosted ekstra sårbar ved konflikter mellom foreldrene. På den andre siden er lovens utgangspunkt at alle avgjørelser vedrørende barn skal ha utgangspunkt i barnets beste, og det er ikke opplagt at en løsning vil fungere for alle barn. Gode grunner taler for at loven heller bør fremheve de momentene som bør ligge til grunn for de ulike ordninger og fremheve barnets beste som en grunnforutsetning i alle tilfeller.

3.3.3.3 Bør det gis adgang for domstolene til å idømme delt bosted? ¹⁰²

”Med dagens lov eksisterer det et påbud for retten til å idømme fast bosted. Dette påbudet er i realiteten et forbud mot å idømme delt bosted”¹⁰³. Hvorvidt domstolene skal ha adgang til å idømme delt bosted mot forelderens vilje har vært hyppig diskutert de siste tiårene, deriblant i NOU 2008:9 som viser til NOU 1998:17. I disse utredningene anføres det gode argumenter både for og imot en adgang for domstolene til å idømme delt bosted.

I hovedtrekk konkluderer flertallet i NOU 1998:17 med at domstolene ikke bør ha kompetanse til å idømme delt bosted mot foreldrenes vilje. Dette ble begrunnet ut fra det høye konfliktnivået til foreldrene ved saksanlegg, sannsynlighet for flere søksmål hvis det åpnes for en adgang til å idømme delt bosted, at saksbehandlingsreglenes formål ville kunne motvirkes gjennom delt bosted og at behovet for foreldrekontakt ivaretas tilfredsstillende i dag gjennom samværsordningene. Mindretallet på sin side mente at barnets beste skal være hovedregelen, og hvis delt bosted er til barnets beste, bør muligheten for å dømme delt bosted for domstolene være tilstede og loven bør ikke kategorisk hindre dette. Mindretallet er i utredningen enig med flertallet i at enkelte

¹⁰² Drøftelsen bygger på NOU 2008:9 (især kapittel 10 og høringsuttaalelsene), og NOU 1998:17

¹⁰³ Haga (2006) s. 63

forutsetninger skal være tilstede hvis delt bosted skal være aktuelt. Videre understreker mindretallet at en utvidet samværsrett lett kan motvirkes gjennom bostedskompetanse der fastbostedsforelderen for eksempel velger å flytte, slik at samværet vanskelig kan gjennomføres.

Flertallet i NOU 2008:9 viser til mindretallet i NOU 1998:17 og foreslår at domstolene bør gis adgang til å idømme delt bosted og argumenterer med samme momenter. Likevel deler flertallet seg i to hvor den ene gruppen mener at domstolene bør kunne idømme delt bosted kun hvis særlig grunner tilsier dette, mens den andre gruppen ikke vil ha en reservasjon mot særlige grunner. Mindretallet er imot delt bosted og anfører stort sett de samme momentene som flertallet i NOU 1998:17. I tillegg fremhves det i utredningen at ”etter utvalgets oppfatning må det legges betydelig vekt på de forskningsresultatene som er presentert i Skjørten m.fl. 2006, idet undersøkelsen er ny, norsk og relativt omfattende”¹⁰⁴.

Hvordan delt bosted skal praktiseres kan det ikke gis entydig svar på, siden en slik ordning er gjenstad for sammensatte vurderinger av individuelle familieforhold hvor barnets beste vil variere. Som det fremkommer av drøftelsen under pkt. 3.3.3, er det bred enighet i den barnefaglige litteratur vedrørende delt bosted, herunder i rettspraksis, undersøkelser og offentlige utredninger, om at bestemte betingelser må være til stede hvis en ordning med delt bosted skal kunne fungere. Betingelser som geografisk nærhet mellom foreldrebasene, evne og vilje til samarbeid mellom foreldrene og lavt konfliktnivå må være tilstede for at denne ordningen skal være aktuell. Delt bosted skal ikke velges som en kompromissløsning som kan virke konfliktdempende for foreldre i deres kamp om rettferdighet og likestilling for barna. ”Dersom domstolene skal gis kompetanse til å kunne idømme delt bosted, er det en forutsetning at domstolene er helt bevisst på at barnets beste skal være det avgjørende hensyn ved valg av delt bostedsløsning”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ NOU 2008:9 s. 73

¹⁰⁵ NOU 2008:9 s. 78

Som vi har sett, er barnets alder av sentral betydning for valg av bosteds- og samværsform. Delt bosted kan i enkelte tilfeller være en belastning for barna i ulike aldre. For de minste barna kan en delt bosted-ordning virke ustabil, og gi utslag i overbelastning. For de eldre barna kan delt bosted-ordningen virke som en begrensning for utøvelse av et sosialt liv med venner. Bør det sette en aldersfrist begrenset nedad for delt bosted? I alle tilfeller kan det hevdes at delt bostedsordningen fungerer og det er positivt for barna å være inkludert i begge hjem. Det er særdeles viktig at foreldrene er oppmerksomme og observante om barnas behov og kan være fleksible rundt dette. Dermed stilles det krav til foreldrene. Deres evne og vilje til samarbeid er et annet moment som har en sentral betydning uavhengig av foreldrenes samværsform og bosted for barna. Foreldre må kunne samarbeide også i de tilfellene foreldrene ikke har delt bosted. ”Riktignok foreligger det ingen forskning som viser at det er behov for *bedre* samarbeidsevner ved delt bosted enn ved andre bosteds- og samværsordninger”¹⁰⁶. Ved delt bosted-ordning vil foreldrene måtte ta flere avgjørelser i fellesskap vedrørende barnet enn hvis de hadde fast bosted og samvær. Dette kan være problematisk for barna i de tilfellene foreldre er i konflikt og viser liten vilje og evne til samarbeid. Barnets beste vil her tale mot delt bosted. Foreldrene kan muligens klare å legge konflikten bak seg etter en dom som fastslår delt bosted og streve mer for et samarbeid. ”At bostedsspørsmålet blir rettsliggjort betyr ikke automatisk at foreldrene på andre områder mangler evne til å samarbeide om spørsmål som gjelder barn”¹⁰⁷.

Hensynet til mest mulig kontakt med begge foreldrene er hovedargumentet som anføres når det gjelder delt bosted, og det legges til grunn at denne ordningen sikrer tilnærmet lik foreldrekontakt i motsetning til utvidet samvær og fast bosted. Samtidig gir ordningen begge foreldre lik bostedskompetanse og avgjørelsesmyndighet. Domstolene har mulighet for å idømme 50 % samvær, som ivaretar hensynet til mest mulig foreldrekontakt på en tilfredsstillende måte, til tross for at bostedskompetansen vil ligge hos bostedsforelderen. Bostedsmyndigheten er opprinnelig gitt med den begrunnelse at i en konflikt mellom

¹⁰⁶ NOU 2008:9 s. 77

¹⁰⁷ NOU 2008:9 s. 78

foreldrene vil det gagne barnet at en av foreldrene har mulighet til å ta avgjørelser som barneloven legger opp til.

Det kan være en økt risiko for flere rettssaker hvis det åpnes for idømmelse av delt bosted. Foreldre kan ved saksanlegg om fast bosted innta en subsidiær påstand om delt bosted og vinne frem. Dette kan føre til at spekulasjoner rundt et resultat kan virke hemmende og i verste fall gi utslag i feilaktige avgjørelser. På den annen side kan et ufravikelig krav om barnets beste sikre en "like grundig vurdering av saken som om det var tale om å velge ett fast bosted"¹⁰⁸. Ved at domstolene gis kompetanse til å idømme delt bosted, sendes det et signal ut til foreldrene som igjen kan bidra til færre saksanlegg og demping av konfliktnivå mellom foreldrene.

Det kan videre stilles spørsmål ved hvorfor den lovgivende makt skal binde den dømmende makt i slike saker. I Norge er domstolene uavhengige og bidrar i stor skala til utvikning av rettssamfunnet. "Det er ikke heldig at lovgiver foretar en faglig overprøving og setter absolutte rammer for en konkret vurdering som domstolene åpenbart er nærmest og best egnet til å foreta"¹⁰⁹. Samtidig kan det hevdes at delt bosteds-spørsmål er politisk motivert og "assosieres med miljøer som først og fremst målbærer fedrenes standpunkter. Klart negative har de vært som mest utpreget har tatt mødrenes ståsted"¹¹⁰. Ved siden av barnets beste bør det muligens ikke være rom for andre hensyn, men problemet kompliseres betraktelig når andre hensyn brukes som argument for å belyse barnets beste. I alle tilfeller vil regelen i bl. § 48 om barnets beste fange opp de tilfeller hvor delt bosted ikke er til barnets beste. Domstolene vurderer barnets beste ut fra de omstendighetene som foreligger i saken og avsier dom i samsvar med barnets beste etter konkrete avveininger. Dermed kan det virke hemmende at lovgiver setter begrensninger for domstolens kompetanse. "Ved å oppstille et absolutt forbud mot å kunne idømme delt bosted har lovgiver tatt det

¹⁰⁸ NOU 2008:9 s. 81

¹⁰⁹ NOU 2008:9 s. 82

¹¹⁰ Østberg (2006) s. 117

standpunkt at en slik ordning aldri vil være til barnets beste og dermed overstyrt den konkrete bedømmelse som dommer og sakkyndig skal foreta i den enkelte sak”¹¹¹.

3.3.3.4 Oppsummering

Det er antydninger til at antallet som velger delt bosted for sine barn er økende. Det gis uttrykk for at delt bosted-ordning kan være en god ordning for mange, men ikke vil fungere for andre. Det er samtidig bred enighet om at det er mange faktorer som må ligge til grunn for at en slik ordning kan praktiseres. Siden barnets beste er meget individuelt med sterkt preg av konkrete vurderinger, viser seg at det er vanskelig å trekke en konklusjon om denne problemstillingen. Barnets beste er grunnleggende, men hva som er barnets beste varierer i stor grad. Derfor kan det være av betydning å fremheve barnets beste i enda sterkere grad også i de tilfellene hvor delt bosted fremstår som den riktige løsningen. Domstolene er, gjennom sin lange erfaring, kunnskap og sentrale posisjon, best egnet til å vurdere barnets beste og avsi en dom i samsvar med dette. Gode grunner taler muligens for å innta en sikkerhetsventil i form av krav til særlige grunner der delt bosted kan idømmes hvis det er i samsvar med barnets beste. Særlige grunner kan for eksempel være de forutsetningene som bør ligge til grunn for at en ordning med delt bosted kan fungere, slikt som geografisk avstand.

3.4 Flytting

3.4.1 Gjeldende rett

3.4.1.1 Flytting innenlands – bl. §§ 37 og 46

Bostedsforelderen er gjennom bl. § 37 gitt enekompetanse til å kunne flytte med barnet innenlands. Denne flyttekompetansen faller under ”vesentlige sider av omsuta”, jfr. bl. § 37. I prinsippet kan bostedsforelderen flytte med barnet hvor som helst i landet uavhengig av felles foreldreansvar, og uten samtykke fra den andre forelderen. Således må en

¹¹¹ NOU 2008:9 s. 77

samværsforelder med del i foreldreansvaret ta ut stevning med krav om endring av barnets faste bosted hvis vedkommende ønsker å angripe en beslutning om flytting. Rettsstillingen er begrenset for samværsforelder som ikke har del i foreldreansvaret. Dersom flyttingen får betydelige konsekvenser for denne forelderens samværsrett, har vedkommende en uttalerett gjennom bl. § 46. ”Bestemmelsen gir bare en uttalerett, ingen vetorett. Den skal sikre at den samværsberettigedes synspunkter kommer fram, men gir ikke den andre noen plikt til å ta hensyn til dem. Uttaleretten inntreder ved avgjørelser som vil gjøre det umulig eller vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten. Det er ikke nok at samværsretten blir berørt”¹¹². På den andre siden peker de senere års styrking av samværsretten i retning av at det ikke er grunn til å ”(...) tolke vilkårene så strengt, og bestemmelsen vil også få betydning ved flytting innenlands”¹¹³. Bl. § 46 inneholder ikke eksplisitt regler om et varsel, men det forutsettes at en bostedsforelder som ønsker å flytte med barnet, varsler den andre forelder. Dette varselet vil således utløse en uttalelsesrett for samværsforelder. Det foreligger rikelig med rettspraksis som presiserer og omhandler problemstillinger vedrørende flytting. Til tross for at disse avgjørelsene er meget konkrete, får man likevel et godt bilde av gjeldende rett og de vanskelige vurderingene som foretas av retten.

En sak inntatt i LB-2000-2610 omhandlet flyttespørsmålet. Far og barnet hadde i denne saken praktisert en utvidet samværsordning. I forbindelse med mors flytteplaner hadde faren tatt ut stevning for retten. Retten uttalte her at ”beslutningen om å flytte er en avgjørelse som klart ligger innenfor mors kompetanseområde (...) og lagmannsretten er enig med herredsretten i at en planlagt og skånsomt gjennomført flytting ikke fremstår som spesielt dramatisk”¹¹⁴. En flytting i seg selv trenger ikke nødvendigvis å være inngripende for barnet, men det er omstendighetene rundt en flytting som er av avgjørende karakter for påvirkning på barnet. Videre sier lagmannsretten at ”på den andre siden vil flytting til en annen landsdel innebære en omstilling til nye forhold for en ni år gammel skolegutt og medføre en praktisk begrensning for utøvelsen av samværsretten med faren. Flytting medfører således en slik endring i guttens livssituasjon at det fremstår som forståelig at

¹¹² www.reettsdata.no (Karnov note 100 ved Sandberg)

¹¹³ Kjølberg (2006) s. 44

¹¹⁴ LB-2000-2610

faren ønsker en ny vurdering av hvor C skal bo”. Til tross for at en flytting ikke nødvendigvis er negativ for barnet, legger retten til grunn at dette likevel innebærer endringer som tilsier en vurdering av barnets situasjon. Med dette som bakgrunn vurderte retten farens fremtidige muligheter for samvær etter en eventuell flytting og sa at ”den relativt omfattende samværsordning som har vært praktisert blir erstattet med helgeturer per fly (...)”. Samtidig påpekte retten at barnet var vant til å være mye hos sin far og ”en midlertidig flytting til faren ikke vil være noen stor omveltning for ham”. På denne måten fastslo retten barnets beste gjennom å opprettholde kontakten mellom far og barnet, og ivareta hensynet til status quo mens saken verserte. Retten vurderte også konsekvensene av en midlertidig flytting til faren med sikte på hovedforhandling i saken. ”Dersom C flytter med moren til X, vil dette kunne få betydning for det endelige utfallet av omsorgssaken. Hvis flyttingen først er gjennomført, vil det lett kunne anses som en uforholdsmessig belastning for C om han etter kort tid i X igjen må flytte tilbake til Oslo-området. På den andre siden er det slik at en overflytting av omsorgen til faren nå, også kan legge føringer for den endelige vurderingen av omsorgsspørsmålet”. Retten valgte etter konkrete vurderinger i saken, å flytte barnet til far i påvente av hovedforhandling, og ga uttrykk for at dette samlet var den beste løsningen for barnet.

I LG-2003-4164 hadde far nedlagt påstand om fast bosted for barna. Uten å forberede barna og faren, valgte moren å flytte ut fra partenes felles bolig i Oslo til et krisesenter, og senere til Vestlandet. Fra mors side var flyttingen til krisesenteret begrunnet med en erklært frykt for incest. I denne saken bemerket retten at ifølge prinsippet om barnets beste skal det ”(...) foretas en bred og sammensatt vurdering hvor blant annet ulempene ved miljøskifte, hensynet til best mulig kontakt med begge foreldrene, foreldrenes omsorgskompetanse og eventuell risiko for seksuelle overgrep er de sentrale momentene (...)”¹¹⁵. I tillegg skal vurderingen være fremtidsrettet med utgangspunkt i nåværende situasjon. Retten argumenterte med at mor ikke hadde tatt initiativ til barnets kontakt med far, og hensynet til mest mulig samlet kontakt talte således i favør av far. Videre sa retten at ”hennes handlingsmønster kan vanskelig forklares på noen annen måte enn at hun var styrt av et

¹¹⁵ LG-2003-4164

ønske om å komme ut av forholdet og samtidig sikre seg at barna skulle bli boende med henne”¹¹⁶. Dette belyste retten med at mors handling bar preg av dramatikk ved at hun uten forvarsel rev barna bort fra sin far og sine vante omgivelser. Når det gjaldt anklagen om incest uttalte retten etter en konkret vurdering at mors påstander om seksuelle overgrep var preget av hennes aktive rolle. Retten ga videre uttrykk for bekymring og den belastningen dette hadde påført barnet. Dermed falt retten ned på at ”(...) det i lengre perspektiv er til barnas beste å flytte til far”¹¹⁷.

I en annen sak hadde foreldrene etter samlivsbruddet inngått en utenrettslig avtale om fast bosted for barna hos far. Mor reiste sak for retten i ettertid grunnet uenigheter mellom foreldrene, og det ble inngått et forlik om fast bosted hos moren og en utvidet samværsrett for faren. Et år senere reiste far sak, når mor fortalte om deres flytteplaner. I LH-2004-40491 bemerket retten at spørsmålet i denne saken blir ”om flyttingen til X innebærer at det ikke lenger vil være best for barna å ha fast bosted hos moren”¹¹⁸. I denne saken kom retten til at det ville være til det beste for barna å bo hos mor frem til en rettskraftig avgjørelse ble avsagt. Denne konklusjon ble begrunnet gjennom barnas uttalelser om at de ville unngå lojalitetskonflikt, og morens rolle som en god omsorgsgiver og den sentrale personen i deres liv etter samlivsbruddet. Videre hadde mor solid familietilknytning på X og barna var godt kjent i omgivelsene ettersom familien under samlivet hadde tilbrakt noen år der. Dermed ble ikke miljøskifteargumentet og hensyn til samvær med faren gitt utslagsivende vekt. I tillegg hadde moren allerede flyttet til X etter tingsrettens midlertidig avgjørelse, før ankesaken i lagmannsretten kom opp. Retten bemerket i denne anledningen at ”dersom faren nå gis medhold i sin begjæring, betyr det at barna må flytte tilbake til Tromsø, for så eventuelt flytte til X igjen dersom moen får medhold i hovedsaken”¹¹⁹.

I LG-2004-65196 uttalte retten seg om ”hensynet til barnas midlertidige beste”¹²⁰.

Foreldrene hadde utenrettslig avtalt delt bosted etter samlivsbruddet, og bosatt seg i samme

¹¹⁶ LG-2003-4164

¹¹⁷ LG-2003-4164

¹¹⁸ LH-2004-40491

¹¹⁹ LH-2004-40491

¹²⁰ LG-2004-65196

områdekrets av hensyn til barna. Barnas adresse ble derimot avtalt registrert hos mor. Etter en stund reetablerte mor seg med en samboer, og de flyttet til en annen kant av landet på grunn av sin arbeidssituasjon. Far reiste sak med krav om fast bosted. Retten la til grunn at det ikke forelå omstendigheter som begrunnet at barna skulle bo fast hos far mens saken verserte. Barna hadde i tillegg gitt uttrykk for at de trivdes med sin nye livssituasjon. Retten sa videre at ”det er heller ikke tale om noe kidnappingstilfelle i lovens forstand (...), selv om mor i dette tilfellet, rett eller galt, har truffet beslutning om flytting alene og flyttet på kort varsel”¹²¹. I dette tilfelle hadde flytting allerede skjedd og barna skulle begynne på skolen. Retten la til grunn at barnets beste i dette tilfellet ville være at de bodde hos mor mens saken verserte. Samtidig sa retten at det ”kan reises spørsmål ved mors adgang til å flytte barna uten samtykke, og ved hennes fremgangsmåte ved flyttingen av barna, det vurderes uansett som svært uheldig for barna å åpne for den situasjonen at de risikerer å måtte flytte en ekstra gang”¹²². Retten uttalte også at de forsto fars opplevelse ”som om mor belønnes for det som etter hans oppfatning er rettsstridig og illojal opptreden fra mor”¹²³. Retten påpekte mors atferd ved flytting, men konkluderte samlet sett likevel med at hensynet til barnets beste veide tyngst slik at barna ble værende hos mor.

I LB-1997-2 hadde mor fast bosted og foreldreansvaret for barna, mens far kun hadde samværsrett. Uten underretning til far, flyttet moren til utlandet med barna for en periode på to til tre år. Retten uttalte her at ”han hadde etter bestemmelsen bare en rett til å ta saken opp med mor før avgjørelsen ble endelig, og til å reise sak om å få overført foreldreansvaret, noe som i dette tilfelle neppe ville ha endret mors avgjørelse”¹²⁴. Far fikk ikke medhold i sin sak etter en konkret vurdering av barnets beste etter omstendighetene i saken. Lagmannsretten kunne ikke etter forholdene se ”at det er tilstrekkelig grunn til å overføre foreldreansvaret og omsorg til far før hovedsaken er rettskraftig avgjort”¹²⁵. Retten uttalte likevel at mors fremgangsmåte ved flyttingen og vanskeliggjøring av samvær for barna skapte tvil om saken. Far anket saken, men i og med kjennelse inntatt i Rt. 1997

¹²¹ LG-2004-65196

¹²² LG-2004-65196

¹²³ LG-2004-65196

¹²⁴ LB-1997-2 (Borgarting)

¹²⁵ LB-1997-2 (Borgarting)

s. 672 forkastet kjæremålsutvalget anken. Her ble det også lagt til grunn at ”det var rettsstridig av moren å flytte med barna til utlandet (...)”¹²⁶.

I en annen kjennelse inntatt i LG-1997-113 ønsket far å flytte med barna, men retten uttalte at ”flytting av barna fra X til Y vil innebære et langt mer omfattende og problematisk miljøskifte for barna enn en flytting fra nåværende bolig på X til et annet husvære i nærheten”¹²⁷. Dette begrunnet retten bl.a. med barnas tilknytning på X og den betydelige risikoen ved slikt miljøskifte.

Angitt rettspraksis viser at barnets beste er et overordnet prinsipp som må vurderes konkret etter de momentene som foreligger i saken. Noen av vurderingstemaene som gjengis er risikoen for miljøskifte, hensynet til behovet for foreldrekontakt for barnet, utøving av samværsretten, barnets tilknytning til foreldrene og barnets ønsker. Retten uttrykker de vanskelige vurderingene som disse sakene reiser, men de må komme til et resultat som samlet sett er det beste for barnet. I ”barnefordelingssaker er det særlig to forhold som bidrar til å skape usikkerhet om avgjørelsene. (...) barnets beste – et åpent kriterium som i stor grad må vurderes ut fra verdioppfatninger. For det andre må dommen baseres på forutsigelser om fremtiden”¹²⁸. Videre kan det utledes av de ovennevnte midlertidige kjennelsene at ”retten er ekstra forsiktig med å foregripe hovedsakens utfall, med mindre det er klare holdepunkter for at en flytting er til det beste for barnet allerede før saken har vært behandlet i hovedforhandling (...)”¹²⁹. Når det gjelder omstendigheten rundt en flytting blir dette vurdert av domstolene. En oppfattelse av illojal opptreden fra en bostedsforelder kommer inn som et moment i vurderingen av barnets beste ved saksanlegg, jfr. bl.a. LA-2002-944. I denne saken uttalte retten at ”det vil være til datterens beste at foreldrene i så måte opptre lojalt”¹³⁰. Etter rettspraksis kan en urettmessig flytting slå ut i disfavør av en forelder. Vurderingene er likevel konkrete og baserer seg på bostedsforeldrenes illojale opptreden ved å flytte med barnet uten nødvendig varsel og

¹²⁶ Rt. 1997 s. 672

¹²⁷ LG-1997-113

¹²⁸ Skjørten (2005) s. 45

¹²⁹ Kjøllberg (2006) s. 183

¹³⁰ LA-2002-944 (Agder)

planlegging. Det er mange momenter som retten må vurdere etter forholdene i saken, og avgjørelsen avsies i samsvar med det som anses å være til det beste for barnet i den konkrete saken.

3.4.1.2 Kort om utenlands flytting – bl. §§ 40, 41

Utenlands flytting er underlagt felles foreldreansvar slik at foreldrene må være enige om en flytting til utlandet, jfr. bl. § 40 1.ledd. Hvis foreldrene er uenige om hvem som skal ha foreldreansvar og hvem barnet skal bo sammen med, kan ikke barnet flyttes ut av landet før saken er avgjort, jfr. bl. § 40 2.ledd. Hvis foreldrene ikke har felles foreldreansvar, kan ikke samværsforelderens motsette seg en flytting til utlandet. I disse sakene finnes det rikelig med rettspraksis som viser at retten må gjennom konkrete vurderinger finne barnets beste, jfr. for eksempel LG-2004-41331, Rt. 2000 s.185, LB-2008-69105, LA-2008-63489, LH-2005-156977.

3.4.2 Hvordan rettstilstanden bør være? ¹³¹

3.4.2.1 Problemstilling

”De fleste foreldrene vil uavhengig av foreldreansvaret diskutere viktige spørsmål som angår eller berører barna med hverandre. Dette gjør de fordi de har respekt for barna sine og er opptatt av sine barns beste, og da er det lite hensiktsmessig å stenge den andre forelderens ute”¹³². I NOU 2008:9 har utvalget vurdert om det bør gjøres endringer når det gjelder bostedsforelderens mulighet til å kunne flytte med barnet uten samtykke fra den andre forelderens. Det hevdes at dagens regulering av flyttespørsmålet skaper unødvendig usikkerhet hvor en bostedsforelder kan flytte med barnet uten forvarsel. Usikkerheten kan virke konfliktopptrappende og hindre at minnelige løsninger og gode samværsavtaler inngås. Videre trekkes det paralleller til bl. § 40 hvor flytting til utlandet reguleres ved samtykke gjennom felles foreldreansvar. Selv om det ved flytting til utlandet kommer inn særskilte bestemmelser som for eksempel statsborgerskap og språk, kan det være vanskelig

¹³¹ Drøftelsen bygger på NOU 2008:9 og høringsuttalelser

¹³² Kjølborg (2006) s. 44

å se gode grunner til hvorfor utenlandsk flytting skal behandles annerledes enn innenlands. For eksempel kan en flytting fra Oslo til Kirkenes begrense samværet i like stor grad som en flytting fra Oslo til Stockholm. I tillegg uttrykkes det tvil om bl.§ 46 har hatt tilsiktede virkninger, og det pekes på at ”manglende overholdelse av informasjonsplikten etter denne bestemmelsen er heller ikke sanksjonert”¹³³.

Utvalget konstaterer mangler ved dagens lovgivning. Loven inneholder ingen bestemmelser som ”hindrer at en forelder kan flytte med barnet uten verken å informere eller innhente samtykke fra den andre”¹³⁴. Utvalget ønsker å sette fokus på illojal adferd fra bostedsforelderens side, når en flytting medfører at samværet med andre forelderen blir umulig eller vanskeliggjort. Utvalget mener flytting ofte er foranledning til en konflikt mellom foreldrene etter et samlivsbrudd. ”Man ser også denne problemstillingen ofte i rettsapparatet, særlig hvor en flytting allerede er gjennomført og den andre forelderen har tatt til motmæle og hevder flyttingen var rettsstridig. At sist nevnte forelder overhodet ikke har fått noen forvarsel om flyttingen, er ikke uvanlig”¹³⁵.

Dermed foreslår flertallet i utvalget at beslutningen om å flytte med barnet bør ligge under foreldreansvaret i stedet for bostedskompetansen. Det medfører at foreldrene må være enige om en flytting ved felles foreldreansvar. Det tas særlig sikte på flytting som i vesentlig grad vanskeliggjør samvær med barnet. Flytting over kortere avstander kan gjennomføres uten samtykke fra den andre forelderen. Videre ønsker flertallet et generelt unntak der flytting er til barnets beste uavhengig av om samværet blir vanskeliggjort. ”Utvalget forutsetter at de nærmere retningslinjer omkring dette unntaket blir utviklet i rettspraksis”¹³⁶, og det henvises samtidig til rettspraksis omkring bl. §§ 37 og 46. For de foreldre som kun har samværsrett uten del i foreldreansvaret, foreslår utvalget en klarere varslingsregel.

¹³³ NOU 2008:9 s. 56

¹³⁴ NOU 2008:9 s. 56

¹³⁵ NOU 2008:9 s. 56

¹³⁶ NOU 2008:9 s. 58

Mindretallet vil beholde någjeldende ordning, men ønsker å supplere det med et varslingssystem etter dansk mønster. Den andre gruppen av mindretallet vil derimot ikke gjøre noen endringer i loven når det gjelder flytting.

3.4.2.2 Bør beslutningen om innenlands flytting ligge under foreldreansvaret?

Barnets beste-perspektiv

Den fremtredende begrunnelsen for å legge avgjørelsen om flytting under foreldreansvaret er hensynet til barnets beste. Mest mulig samlet foreldrekontakt forutsettes til å være det beste for barnet i de fleste tilfeller. Det uttrykkes at barnets behov tilsier "(...) regelmessig kontakt og en forutsigbar samværsordning med den av forelderen som det ikke bor fast hos"¹³⁷. I en situasjon hvor flytting er aktuelt, kan dette behovet søkes ivarettatt ved å opprettholde status quo og derved sikre stabilitet og en samværsordning for barnet. En flytting som vanskeliggjør eller reduserer en god samværsordning, vil kunne ha negative virkninger for et barn hvis viktige foreldrebånd svekkes. Flytting som fører til lang reise vei vil begrense samværet. Bostedsforelderens beslutning om å flytte er ofte begrunnet i mange legitime grunner, slik som behovet for arbeidsmuligheter, utdanning og samliv. Til tross for dette bør ikke hensynet til foreldrene være avgjørende i de tilfellene en flytting strider mot barnets beste. Ved at man unngår flytting ut av barnets nærmiljø sammen med bostedsforelderen vil kunne bidra til å styrke barnets rettigheter. Barnets behov vil gjennom dette tillegges større vekt enn bostedsforelderens behov for å flytte. En flyttevurdering ut fra barnets beste-perspektivet vil være fremtredende hvis flyttekompetansen underlegges foreldreansvaret. Sverige nevnes som et godt eksempel på hvor flyttebeslutning under felles vårdnad har vist seg å ha positiv effekt for barnet, og ikke minst foreldrene.

Ifølge det sentrale motargumentet som fremheves, vil en felles flyttebeslutning innskrenke bostedsforelderens handlefrihet, og ha negativ innvirkning på barnets beste. "Retten til å flytte er også en menneskerett som blant annet reguleres av EMK. Konvensjonen sier at en person har rett til fritt å bevege seg innenfor sitt lands territorium og står fritt til å velge sitt

¹³⁷ NOU 2008:9 s. 55

bosted”¹³⁸. En begrensning vil kunne være en for sterk inngripen i et enkeltindivids selvstendighet og personlig frihet. Dette argumentet støttes av at ingen andre land praktiserer en slik flyttebegrensning som flertallet i utvalget foreslår. Der en flytting er begrunnet i legitime forhold, kan forslaget om flyttebegrensning medføre alvorlige følger for mange foreldre og barn. Det henvises spesielt til muligheter for samliv, bolig, arbeid og utdanning. Disse rettighetene er også beskyttet gjennom kvinnekonvensjonen og likestillingsloven.

”Flertallet i utvalget kan ikke se at en slik regulering kommer i strid med retten til fritt å kunne bevege seg på en stats territorium og fritt til å velge bosted (...)”¹³⁹. Først og fremst begrunnes dette med at flytterestriksjoner kan ”(...) forsvares ut fra hensynet til barnets beste”¹⁴⁰. Samtidig vil rettssikkerheten og Norges folkerettslige forpliktelser ivaretas ved mulighet for å bringe spørsmålet inn for domstolene. Utvalget påpeker videre at det ikke er tale om et flytteforbud. ”Realiteten i forslaget er at man ikke uten videre kan ta med seg barn dersom man velger å benytte seg av sin rett til fri bevegelse”¹⁴¹. Barnet har rett til et familieliv, jfr. EMK og Barnekonvensjonen. Det kan i tillegg spørres om en flytting med barnet krenker denne rettigheten.

Likestillingsperspektivet

Likestilling er et annet moment som anføres både for og imot forslaget om felles flyttebeslutning. ”Flytteforbud legger restriksjoner på den ene part, som i hovedsak er kvinner, mens den andre part, i hovedsak menn, står fritt til å flytte”¹⁴². Flertallets forslag legger til grunn en skjevfordeling hvor samværsforelderen favoriseres fremfor bostedsforelderen. Ut fra et likestillingsperspektiv vil en flytterestriksjon som innebærer begrensninger for både bostedsforelderen og samværsforelderen, være mer allment akseptert og enklere kunne forankres i barnets beste. En bestemmelse i samsvar med flertallets forslag vil i mer utstrakt grad kunne ramme kvinner, spesielt sårbare og utsatte

¹³⁸ NOU 2008:9 s. 59

¹³⁹ NOU 2008:9 s. 57

¹⁴⁰ NOU 2008:9 s. 57

¹⁴¹ NOU 2008:9 s. 57

¹⁴² NOU 2008:9 s. 59

kvinner. For eksempel kan det være en nødvendighet for kvinner i distriktene å flytte på grunn av jobb og utdanning. En kvinne kan i enkelte tilfeller være nødt til å flytte ut av gjennomslitt små bygdesamfunn grunnet negative reaksjoner etter samlivsbrudd. Under slike omstendigheter vil en flytterestriksjon ramme disse kvinnene hardt. Det kan samtidig hevdes at selv om de fleste av foreldrene finner minnelige løsninger for barna, kan en flytterestriksjon likevel gi et verktøy til å kontrollere den annen part. Til tross for at dette ikke er et utbredt problemstilling, kan en slik rettighet føre til flere konflikter og misbruk av makt som ikke vil bidra til å styrke samarbeidet om barnet. ”At mannen i mange år etter et samlivsbrudd skal kunne bestemme hvor kvinnen kan bo er å sette likestillingsarbeidet langt tilbake. Ekstra alvorlig er det for barn og foreldre som vil få begrensede muligheter til å beskytte seg mot vold og overgrep”¹⁴³. Hensynet til barnets beste tilsier at dette ikke vil være en god løsning for barnet.

Flertallets forslag fremhever barnets beste som et overordnet prinsipp. Dette tolkes slik at i de tilfeller hvor likestillingsinteresser kolliderer med barnets beste, skal barnets beste prioriteres. En flytting som er til barnets beste, for eksempel med tanke på volds- og overgrepstilfeller, vil kunne foretas uten hensyn til den andre forelderens samtykke.

Lovteknisk vanskelig regel?

Utvalget foreslår endringer til bl. § 40. ”(...) Når foreldrene har felles foreldreansvar, må det foreligge enighet om hvorvidt barnet skal flyttes. Det kreves imidlertid ikke enighet om enhver flytting. Det avgjørende er om flyttingen gjør det vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten. Vurderingstemaet er det samme som etter barneloven § 46. Unntak kan gjøres der flyttingen er til barnets beste (...)”¹⁴⁴. Motargumentene mot dette forslaget er begrunnet i usikkerhet, uforutberegnelighet og rekkevidden av lovens ordlyd. Hvordan skal grensene trekkes for flytting over kortere avstander som ikke krever samtykke? Når er samværet vanskelig eller umuliggjort? Hvorledes skal et generelt unntak utformes og håndheves når en flytting er til barnets beste, som for eksempel i volds- og

¹⁴³ NOU 2008:9 s. 58

¹⁴⁴ NOU 2008:9 s. 97

overgrepstilfeller? Flertallet overlater til domstolene å tolke, presisere og utvikle regelen, men gir selv få referanser som kan bidra til klarhet i disse vanskelige vurderingene.

Flertallet medgir de utfordringene som oppstår ved utforming av en bestemmelse som pålegger restriksjoner ved flytting med barn. I tråd med argumentasjonen viser ovennevnte rettspraksis dagens situasjon, og hvilke vanskelige vurderinger retten står ovenfor når de skal vurdere barnets beste. Det kan legges til grunn at domstolene allerede vurderer og legger vekt på momenter som risikoen for miljøskifte og mest mulig samlet foreldrekontakt ved avgjørelser der bostedsforelderen flytter med barnet. Det er vist til flere tilfeller der barnet blir boende hos samværsforelderen der retten etter konkrete vurderinger finner at dette vil være barnets beste. De momentene og vurderingene som utvalgets flertall viser til, er de samme momentene som rettspraksis henviser til. For mindretallet virker flertallets forslag lite funksjonelt. Det kan føre til mer usikkerhet og være en konfliktdrivende faktor.

Et nesten enstemmig utvalg mener at regler som angir hvordan foreldrene skal opptre hvor de ikke er enige om flytting er tiltrengt. Flertallet ønsker at ”det ikke bør åpnes for at domstolene får en generell adgang til å kunne regulere eller begrense foreldreansvaret for så vidt gjelder flyttespørsmålet”¹⁴⁵. Domstolene må i medhold av bl. § 56 2. ledd kunne ha kompetanse til å avgjøre spørsmålet om flytting uten å løse opp felles foreldreansvar. Dette illustreres med et eksempel¹⁴⁶: Hvis far ønsker å flytte med barnet fra Oslo til Bodø kan retten enten tillate flyttingen til Bodø eller nekte flyttingen med barnet. Dette vurderes konkret og vil således ikke ha en presedensvirkning. Dersom det skulle oppstå en ny situasjon med flytting må det vurderes konkret hvis saken kommer opp for domstolene. ”Det vil med andre ord ikke være adgang ved dom til å avskjære flytting generelt”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ NOU 2008:9 s. 59

¹⁴⁶ NOU 2008:9 s. 59

¹⁴⁷ NOU 2008:9 s. 59

Andre momenter

Det anføres at en regel om flytterestriksjon kan ha prosessdrivende effekt og føre til flere saker for domstolene. Videre taler innrettelseshensyn mot en slik regel, spesielt der barnet har flyttet med bostedsforelderen før en sak kommer opp for retten.

På den annen side argumenteres det med at en slik regel ikke vil virke prosessdrivende, men bidra til større vilje til å løse saken i minnelighet gjennom megling og dialog, eventuelt et rettsforlik. Dette vil ha en prosessbesparende effekt og være et viktig signal til foreldrene. Videre hevdes det at det er motsigende å ha regler om flytting under bostedskompetansen, samtidig som man har regler i barneloven som har til formål å sikre mest mulig foreldrekontakt. Dermed er det i strid med barnelovens formål at bostedsforelderen skal bestemme over barnets relasjon til samværsforelderen. Unntaksvis forekommer det tilfeller av utnyttelse av systemet hvor for eksempel en bostedsforelder flytter med barnet fra en god samværsforelder.

3.4.2.3 Varslingsregel

I Danmark ble spørsmålet om flytting drøftet og resultatet var at det ble funnet hensiktsmessig å gi regler om varsling for foreldrene. Dette var begrunnet med ”(...) at en bopælsforælder bør have mulighet for at træffe bestemmelse om barnets flytning innenlands. Hensynet til denne forælders mulighed for fleksibilitet i forhold til sin livssituation (...) bør medføre, at der ikke kan kræves samtykke fra den anden forælder til en påtænkt flytning”¹⁴⁸. Flertallet i NOU 2008:9 er ikke enig i denne begrunnelsen, og mener at hensynet til barnets beste skal være det avgjørende.

Mange av høringsinstansene argumenterer for en varslingsregel i tråd med den ene gruppen av mindretallets forslag, men det fokuseres samtidig på forbedring av tvisteløsningsmekanismene ved konflikt. Flertallet i utvalget drøfter samtidig at ved innføring av en varslingsbestemmelse ”må man ha regler om hvordan man skal gå fram der

¹⁴⁸ NOU 2008:9 s. 55

den som varsles motsetter seg flyttingen”¹⁴⁹. Det pekes videre på at hvis flytteretten suspenderes grunnet en flyttekonflikt, er man i prinsippet nær en regel hvor flyttekompetanse bestemmes ut fra foreldreansvaret. Et annet alternativ kan være at en nektelse av samtykke utløser krav om megling, dog uten at flytteretten avskjæres. Neste alternativ det pekes på er adgangen til å reise sak for domstolene. I et annet forslag påpekes et at i praksis kan varslingsplikten ivaretas ved at flyttemeldingen til folkeregistret må kreve underskrift fra begge foreldrene. Derneft vil et krav om megling utløses ved mangel av en slik underskrift. Der en samværsforelder skriver under flyttemeldingen, vil varslingsplikten anses å være overholdt.

Det pekes videre på at varslingsreglene bør utformes slik at det er krav om varsel for begge foreldrene, og ikke bare en bostedsforelder. Derneft vurderes hvordan et varsel skal utformes. ”Varselet bør inneholde en konkret begrunnelse for flytting”¹⁵⁰. Når det gjelder tidspunkt for når varset skal gis, uttalte de fleste av høringsinstansene at seks uker er tilstrekkelig. Noen pekte likevel på at seks uker er for lite, og at åtte uker er mer hensiktsmessig. I tråd med mindretallets forslag ble det lagt til grunn at det ikke bør innføres en sanksjonsregel der varslingsplikten ikke blir overholdt. Det pekes i stedet på at der ” (...) en forelder opptre i strid med varslingsplikten og dermed setter sine egne interesser foran barnets”, vil dette ”være et forhold som er relevant ved vurderingen av hvor barnet skal ha fast bosted”¹⁵¹. Utvalgets flertall på sin side mener at ”(...) varslingsplikten må innebære en realitet, i den forstand at det ikke bør være uten konsekvenser å bryte denne”¹⁵².

3.4.2.4 Oppsummering

Et samlet utvalg konkluderte med at det både er fordeler og ulemper ved de forslagene som er oppstilt. På barnerettens områder er disse vurderingene meget vanskelige og konkrete,

¹⁴⁹ NOU 2008:9 s. 57

¹⁵⁰ NOU 2008:9 s. 58

¹⁵¹ NOU 2008:9 s. 58

¹⁵² NOU 2008:9 s. 57

og omstendighetene varierer meget. Dette bidrar til at det er en utfordring å ha en bestemmelse om flytting som kan ivareta de konfliktene som oppstår. Når det gjelder flytting under foreldreansvar, er det anført gode grunner for dette. Likevel er det slik at domstolene allerede begrunner konfliktene konkret med barnets beste som et overordnet prinsipp. Dermed kan håndhevelse av en flytterestriksjon være vanskelig å oppnå. Når det gjelder regler om varsling kan det pekes på gode grunner også for dette, siden loven i dag mangler klar regulering på området. Varslingsregelen kan være et bedre egnet verktøy til å vurdere og håndheve flyttespørsmålene.

4 Avslutning - hvordan det var å jobbe med masteroppgaven

Opprinnelig var målet med denne oppgaven å gi uttrykk for mitt syn ved hjelp av andre kilder. Dette synet var forankret i personlige erfaringer og andre momenter som støttet min negative syn på mødrene og rettsprosessen som favoriserte mødrene. Jeg ønsket å markere at fedre konsekvent blir diskriminert ved barnefordeling etter samlivsbrudd.

Under oppgaveprogresjonen viser det seg at jeg tar feil. Jeg var i hovedsak influert at mine egne erfaringer og fant støtte hos interesserorganisasjoner som støttet mitt syn. Etter å ha lest juridisk teori og ulike dommer ble mitt syn på mødrene mer moderat og virkelighetsnær. Det samme gjelder når det kommer til barnefordeling ved domstolene. Bl.a. i Kristin Skjørtens undersøkelse¹⁵³ viste det seg at det var ikke så vesentlig stor forskjell på mødre og fedre som vant omsorgen for barna sine i lagmannsretten. Resultat ble at med oppgaveprogresjonen utviklet jeg mitt eget syn og kunnskap på dette feltet.

Jeg synes barnerett er et meget spennende fagfelt. Det spesielle er at alle saker og alle familier og barn er ulike og verken mødrene eller fedrene har fortrinnsrett til barna sine. Barn trenger begge sine foreldre. Barnets beste er det grunnleggende selv om det varierer fra sak til sak. Barnets beste skal alltid legges til grunn uansett hvor urettferdig et resultat måtte føles for mor og far.

¹⁵³ Skjørtten (2005)

5 Kilderegister

5.1 Dommer

1. Rt. 2007 s. 376
2. Rt. 2006 s. 1681
3. Rt. 2005 s. 682
4. Rt. 2005 s. 1567
5. Rt. 2003 s. 35
6. Rt. 2000 s. 185
7. Rt. 1997 s. 43
8. Rt. 1997 s. 35
9. Rt. 1997 s. 672
10. Rt. 1996 s. 950
11. Rt. 1996 s. 420
12. Rt. 1991 s. 1148
13. Rt. 1991 s. 1050
14. Rt. 1993 s. 1165
15. Rt. 1986 s. 313
16. Rt. 1982 s. 116
17. LB-2008-69105 (Borgarting lagmannsrett)
18. LA-2008-63489 (Agder lagmannsrett)
19. LB-2006-171789 (Borgarting lagmannsrett)
20. LB-2006-167716 (Borgarting lagmannsrett)
21. LH-2005-156977 (Hålogaland lagmannsrett)

- 22. LG-2004-65196 (Gulating lagmannsrett)
- 23. LH-2004-40491 (Hålogaland lagmannsrett)
- 24. LG-2004-41331 (Gulating lagmannsrett)
- 25. LG-2003-4164 (Gulating lagmannsrett)
- 26. LA-2002-944 (Agder lagmannsrett)
- 27. LB-2000-2610 (Borgarting lagmannsrett)
- 28. LF-1999-01081 (Frostating lagmannsrett)
- 29. LG-1997-113 (Gulating lagmannsrett)
- 30. TOSLO-2006-15519 (Oslo Tingrett)

5.2 Lovgivning

- 31. 1999 – Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 32. 1992 – Lov om barnevernstjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100
- 33. BK – FNs konvensjon om barnets rettigheter vedtatt av De forente nasjoner 20.
november 1989 og ratifisert av Norge 8. januar 1991. Revidert oversettelse mars
2003 med tilleggsprotokoller
- 34. 1981 – Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7
- 35. KK – FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner
vedtatt av De forente nasjoner 18. november 1979 og ratifisert av Norge 21. mai
1981. Revidert oversettelse desember 2004 med tilleggsprotokoll
- 36. 1978 – Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr.
45
- 37. EMK – Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen, Roma 1950

- 38. 1902 – Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 39. SFS – Föräldrabalk (1949:381) [Sverige]
- 40. Forældreansvarsloven – L 2007-06-06 nr. 499 Forældreansvarsloven [Danmark]

5.3 Forarbeidere, utredninger, meldinger

- 41. NOU 2008:9 Med barn i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær
 - a. Barne- og likestillingsdepartementet, høringsnotater,
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/Hoyringar/hoeringsdok/2008/horing---nou-2008-9-med-barnet-i-fokus--/horingsuttalelser/horingsuttalelser-med-merknader.html?id=519324>
- 42. NOU 1998:17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted
- 43. St.prp. nr. 1 (2007-2008) Aleneboendes levekår
- 44. St.meld. nr. 29 (2002-2003) Om familien
- 45. Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)
- 46. Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)
- 47. Koch, Katrin, *Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barnelove – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær*, Oslo 2008 Barne- og likestillingsdepartementet
- 48. Prop. 2005/06:99 – Nya vårdnadsregler [Sverige]

49. SOU 2005:43 – Vårdnad - Boende - Umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar

5.4 Litteratur

50. Kjølberg, Gunn-Mari og Johansen, Sigrid Redse; *Barnefordelingstvister*, Fagbokforlaget, Bergen 2006
51. *Jusleksikon*, Jon Gisle m.fl., Kunnskapsforlaget, 2 utgave Oslo 2002
52. *Statistisk Årbok 2007*, Statistisk Sentralbyrå, 126. årgang
53. Koch, Katrin; *Når mor og far møtes i retten*, NOVA Rapport 13/2000
54. Koch, Katrin og Walstad, Espen; *Samvær*, 1. utgave 2005 Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS
55. Skjørten, Kristin m.fl.; *Delt bosted*, Gyldendal Norsk Forlag, 1. utgave 2007
56. Danielsen, Svend; *Nordisk børnerett II*, Nordisk Ministerråd, København 2003
57. Skjørten, Kristin; *Samlivsbrudd og barnefordeling*, Gyldendal Norsk Forlag, 1. utgave 2005
58. Blekesaune, Morten; *Familiefase og hverdagsliv*, NOVA Rapport 10/00
59. Skevik, Anne og Hyggen, Christer; *Samværfedrenes situasjon*, NOVA Rapport 15/02
60. Lømo, Aase; *Jo mer vi er sammen...*, NOVA Rapport 8/99
61. Holgersen, Gudrun; *Barnerett*, Høyskoleforlaget 2008
62. Haga, Finn Olav m.fl.; *Får far lov? – barneloven og omsorgsdeling i et likestillingsperspektiv*, Humanistisk prosjektsemester Våren 2006
63. Smith, Lucy og Lødrup, Peder; *Barn og foreldre*, Gyldendal Akademisk Forlag, 7. utgave 2006

64. Lilleholt, Kåre; *Knophs oversikt over Norges rett*, Universitetsforlaget, 11. utgave 1998
65. Mathiesen, Thomas; *Retten i samfunnet*, Pax Forlag AS, Oslo 2005
66. Sosialstyrelsen; *Växelvis boende – Att bo hos både pappa og mamma fast de inte bor tillsammans*, Bergslagens grafiska, Lindesberg, oktober 2004

5.5 Artikler og tidsskrifter

67. Haugli, Trudi; *Lov om barn og foreldre*. I: Jussens venner 2007 nr. 06 s.325-388
68. Smith, Lucy; *Barnets beste og barnets uttalelsesrett*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB) 2004 nr. 03-04 s. 223-231
69. Bjørnholt, Margunn; *Farsrettigheter og mødres handlingsrom*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB) 2005 nr. 04 s. 259-278
70. Brækhus, Hege; *Ekteskap, kjærlighet og likestilling*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB) 2006 nr. 02 s. 73-89
71. Jakobsen, Henning A.; *Domstolenes adgang til å idømme delt bosted i barnefordelingssaker – de senere års rettslige utvikling i Norge, Sverige og Danmark*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB) 2007 nr. 04 s. 256
72. Smith, Lucy; *Nyere utvikling i barneretten*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål (FAB) 2008 nr. 02 s. 84-94
73. Østberg, Øivind; *”Lovregulering på tvers av barnets beste – forbudet mot delt omsorg i lys av barnekonvensjonen art. 3”*, I: Lov og rett, 2006 nr. 01-02 s. 117-

74. Nilsen, Kristin og Jensen, Ørjan; *Far har en dom fra Høyesterett som gir ham rett til samvær. Likevel fortsetter moren å sabotere*. I: Aftenposten 28.juni 2008
75. Westerveld, June og Bjørke Magnus; *Oslo-pappaer tar mest permisjon*. I: Aftenavisen 11. august 2008
76. Pham, Hong; *Forelderens brudd rammer barna*. I: Dagsavisen 8.oktober 2007
77. Elsebutangen, Kjetil og Jafari, Rebecca; *Skillsmissebarn skal være mer hos far*. I: Dagsavisen 21.april 2008

5.6 Annet

78. www.reettsdata.no
79. Innspill fra oppgaveveilederen
80. Korrekturlesing av Mari R. Bjerke, advokatfullmektig, Advokatfirma Haavind Vislie AS

